

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**Las capitulaciones matrimoniales en el régimen legal de  
bienes supletorio en el derecho costarricense**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Juan José Montero Cortés**

DIRECTOR:

**Manuel Albaladejo García**

**Madrid, 2015**



444

Autor: Juan José Montero Cortés

LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y EL REGIMEN  
LEGAL DE BIENES SUPLETORIO EN EL DERECHO COSTARRICENSE

Director: Don Manuel Albaladejo García  
Catedrático de Derecho Civil

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID  
FACULTAD DE DERECHO  
Departamento de Derecho Civil  
Madrid - 1982

A mis padres  
y a María José

LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y EL REGIMEN  
LEGAL DE BIENES SUPLETORIO EN EL DERECHO COSTARRICENSE

Introducción

1- Derecho de Familia .....	2
2- Derecho de Familia Patrimonial .....	7
3- Principales aspectos que comprende el derecho de familia patrimonial .....	8
4- Régimen Patrimonial del Matrimonio .....	10
5- Clasificación de los regímenes matrimoniales .....	13

CAPITULO II

6- La comunidad universal de bienes .....	21
7- Régimen de comunidad limitada .....	23
8- La comunidad limitada, legal y contractual .....	24
9- Régimen de Separación absoluta de bienes .....	26
10- Supuestos de separación de bienes .....	31
11- La separación de obligaciones y de responsabilidad .....	32
12- Régimen de separación relativa de bienes .....	33
13- Régimen dotal (Referencias) .....	34
14- SOCIEDAD DE GANANCIALES (Concepto) .....	35
15- La sociedad de gananciales como régimen legal supletorio .....	37
16- Masa de bienes que se distinguen de la sociedad de gananciales..	38
17- Bienes adquiridos antes del matrimonio .....	39
18- Bienes adquiridos durante el matrimonio .....	40
19- Activo de la sociedad de gananciales .....	41
20- Bienes gananciales .....	43
21- Administración de los bienes gananciales .....	44
22- Administración de los bienes sociales por el marido .....	46
23- Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales .....	48

24- Bienes reservados a la mujer .....	50
--	----

### CAPITULO III

25- Capitulaciones matrimoniales. Concepto y naturaleza jurídica..	56
26- Importancia de las capitulaciones matrimoniales .....	61
27- Contenido de las capitulaciones matrimoniales .....	63
28- Capacidad para estipular las capitulaciones matrimoniales ....	66
29- Oportunidad e invariabilidad de las capitulaciones matrimonia- les .....	68
30- Forma y publicidad de las capitulaciones matrimoniales .....	72

### CAPITULO IV

31- Régimen patrimonial del matrimonio en Costa Rica. Generalidades.	78
32- Código General de 1841 .....	85
33- Código Civil de 1888 .....	86
34- Código de Familia de 1973. (Generalidades) .....	87
35- Aspectos comunes entre el Código Civil de 1888 y el Código de Familia de 1973 referentes al régimen patrimonial del matrimonio.	91
36- Con respecto a capitulaciones matrimoniales .....	91
37- Con respecto a la situación de los bienes durante la vida conyu- gal .....	92
38- Con relación a los bienes existentes en poder de los cónyuges al disolverse el matrimonio .....	92
39- Diferencias entre el Código Civil de 1888 y el Código de Familia de 1973 relativas al régimen patrimonial del matrimonio .....	94

### CAPITULO V

40- Capitulaciones matrimoniales en Costa Rica .....	98
41- Las capitulaciones pueden otorgarse y modificarse durante el matrimonio .....	98

42- Pueden las capitulaciones asemejarse a un testamento?.....	102
43- Requisitos para la validez y la eficacia de las capitulaciones.	103
44- Pueden ser hechas las capitulaciones bajo condición o término?.	105
45- Capitulaciones matrimoniales del menor de edad .....	107

## CAPITULO VI

46- Régimen de participación en las ganancias .....	111
47- Régimen patrimonial legal supletorio del matrimonio en Costa Rica .....	116
48- Causas por las cuales entra a regir el régimen legal supletorio y a partir de qué momento .....	116
49- Bienes adquiridos antes de celebrarse el matrimonio .....	119
50- Bienes adquiridos durante el matrimonio .....	123
51- Bienes adquiridos a título gratuito o por causa aleatoria .....	123
52- Bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio. Presunción de comunidad .....	125
53- Bienes comprados con valores propios de uno de los esposos destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales .....	126
54- Cuando la causa o título de adquisición precedió al matrimonio.	128
55- Bienes muebles e inmuebles que fueren debidamente subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges .....	129
56- Bienes adquiridos durante la separación de hecho .....	130
57- Situación de los bienes comunes en caso de bigamia .....	133
59- Liquidación anticipada de gananciales .....	135
60- Distribución de gananciales .....	137
61- Renuncia de gananciales .....	140
62- Pérdida de gananciales .....	143
63- Pérdida de gananciales por razón de nulidad de matrimonio .....	143
64- Pérdida de gananciales como motivo de divorcio o separación judicial .....	147

## CAPITULO VII

65- Consecuencias patrimoniales de la convivencia .....	155
66- La unión de hecho .....	155
67- Situación de los bienes adquiridos durante la convivencia .....	160
68- Antecedente jurisprudencial .....	162
69- Existencia de una sociedad .....	165
70- Sociedad de hecho .....	166
71- Sociedad irregular de hecho .....	168
72- La comunidad .....	169
73- Enriquecimiento injusto o enriquecimiento sin causa .....	171

## CAPITULO VIII

74- El patrimonio Familiar o bien de familia. Diferencias entre el régimen patrimonial del matrimonio y el llamado bien de familia o patrimonio familiar .....	176
75- El patrimonio Familiar .....	177
76- Concepto de patrimonio familiar .....	180
77- Bienes afectables .....	182
78- Beneficios y privilegios del bien afectado .....	184
79- Forma de hacer la afectación .....	189
80- Capacidad para constituirlo y administrarlo .....	191
81- Cesación de la afectación .....	193
82- Comentario crítico del Régimen Patrimonial del Matrimonio en Costa Rica .....	198
83- Propuesta de algunas reformas al capítulo VI del Código de Fa- milia de 1973 .....	205
Conclusión .....	214
Anexo .....	219
Bibliografía General .....	228

## INTRODUCCION

El Derecho de Familia, que inicialmente se encontraba formando parte del Derecho Civil en general, ha llegado a encontrar, por diversos motivos, su propia justificación como rama independiente, bien sea por la riqueza de sus instituciones perfectamente delineadas, identificables y con características propias o por todos los otros motivos que generalmente concurren para que una rama del derecho forme casa aparte.

No es el propósito de este trabajo, profundizar sobre todas y cada una de las características del Derecho de Familia y sus instituciones; esta enorme empresa escapa a las posibilidades materiales y humanas que se tienen al alcance.

Sin embargo, aun comprendiendo tales limitaciones, por razones de metodología, se impone al menos un ligero esbozo de los matices que distinguen en términos generales el conjunto de normas que regulan la vida familiar: su ubicación dentro de la doctrina general, la problemática de sus instituciones con respecto a si éstas son de derecho público o privado y, especialmente, el papel decisivo que cumplen dentro del grupo social.

Lo general a los efectos de este trabajo, lamentablemente, cede en forma rápida ante la necesidad de encauzar los esfuerzos hacia el tema que nos ocupa. Todas las instituciones del Derecho de Familia son de suyo importantes. Una de ellas, se ha dado en llamarla Derecho de Familia Patrimonial, para diferenciarla del resto de los institutos jurídicos que regulan las relaciones personales entre los miembros de la familia; dentro de esto, se estudian las relaciones en las cuales predomina el aspecto económico.

Por este camino, ya nos acercamos a nuestro especial objetivo. Las relaciones patrimoniales de la familia comprenden, de igual modo, una variedad de instituciones bien definidas y delimitadas, y dentro de ellas el llamado Régimen Patrimonial entre los cónyuges. Tal es nuestro estudio



referido a la legislación costarricense y que hemos dado en titular "Las Capitulaciones Matrimoniales y el Régimen Legal Supletorio en el Derecho Costarricense".

Realmente, en Costa Rica se ha escrito poco sobre el Derecho de Familia en general y todavía menos sobre el aspecto concreto que nos ocupa. Salvo algunos pocos esfuerzos de autores costarricenses, las leyes que al respecto se han elaborado y emitido y el aporte valioso de la jurisprudencia, no hay textos dedicados en forma rigurosa, amplia y exhaustiva al estudio del tema.

En semejantes circunstancias, se ha seguido la técnica de investigación en la doctrina y legislación extranjeras, de los aspectos más sobresalientes y generales acerca de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, encontrándose, como es lógico suponer, gran variedad de sistemas provenientes de la combinación de dos de los regímenes más tradicionales y contrapuestos: el de la separación absoluta de bienes en el matrimonio y el de la comunidad también absoluta dentro de él; cuyos lineamientos generales se creyó importante puntualizar, puesto que es a partir de estos dos opuestos sistemas de donde se deriva la gran gama de regímenes híbridos, también muy interesantes y de interminable variedad de modalidades, que adoptan las legislaciones de acuerdo con sus particulares necesidades.

Todo ese recorrido, se hace con el propósito de encontrar las bases del sistema costarricense y <sup>ver</sup> si éste a su vez, aporta algún rasgo que lo distinga de los demás.

En este punto, ya con alguna información doctrinal, se intenta un análisis de las instituciones jurídicas que en Costa Rica han regulado las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Consideramos útil establecer similitudes y encontrar diferencias entre los Códigos Civiles de 1841, 1888 y el Código de Familia de 1973 vigente, intercalando doctrina y observaciones de autores costarricenses y extranjeros. Por último, pro-

curamos un análisis particular y crítico de las normas propias de la legislación vigente, sin dejar de relacionarlas con el Código Civil de 1888, con el cual tiene mucho en común y, especialmente, en esta parte en particular donde hay mucha similitud; también se incluyen y comentan algunos de los pronunciamientos de los Tribunales Costarricenses, especialmente de la Sala de Casación a partir del año 1938 y de las Salas Civiles y Tribunales Superiores Civiles a contar de 1973 (año de promulgación del actual Código de Familia); asimismo, se toman muy en cuenta las opiniones críticas de los diferentes autores y, por último, se propone un proyecto de reforma al actual articulado del Código de Familia en lo que se refiere a esta materia en concreto; con algunas sugerencias, que lo único acertado que pueden llevar consigo, es la buena intención de mejorar el régimen costarricense en aquellos aspectos que, por uno u otro motivo, han dado lugar a variadas controversias, tanto jurídicas como de tipo personal entre los cónyuges.

## CAPITULO I

## CAPITULO I

### EL DERECHO DE FAMILIA.

Siendo el grupo familiar el organismo sobre el que descansa la sociedad, ha merecido en el transcurso del tiempo, la más cuidadosa atención de los diversos sistemas normativos, sea cual sea la naturaleza de éstos. La familia en cuanto se organiza jurídicamente y es objeto de una reglamentación legal, pasa a ser una institución jurídica. (1)

La religión, la moral, la costumbre, han tenido enorme influencia en la organización de la familia, imponiendo regulaciones imperativas, cuya observancia no puede ser omitida, sin el riesgo de que el infractor se encuentre enfrentado a las sanciones previstas en tales sistemas, los cuales, en muchos casos, resultan ser más drásticos y poderosos que el mismo derecho.

Pero es del caso que el ordenamiento jurídico, a pesar de lo anterior, no podría dejar al arbitrio del particular la decisión de adaptarse a la moral, a la religión o a la costumbre, en todo lo relacionado con las bases reguladoras del grupo familiar, a pesar de la decisiva influencia que tales ordenamientos ejercen, porque al poder público interesa rodear a la familia de protección, seguridad y orientación y vigilar estrictamente todos los poderes, facultades y derechos de los miembros de ese núcleo social, no ya desde el punto de vista individual, sino con el fin superior de organizar a través de la familia la sociedad, y mantener con ello la armonía, la estabilidad y el progreso de ésta y finalmente, fortalecer el sistema político dentro del cual se desenvuelve el grupo familiar. Encontramos pues, que el Derecho de Familia se ha apropiado de gran número de normas de índole religioso y ético y las ha convertido en normas jurídicas; ello por ser básicamente los sistemas normativos los que informan la mayor parte de las relaciones de familia, fundadas en

necesidades naturales del hombre: compañía, unión sexual, procreación, amor, etc.

Es interesante hacer resaltar que para algunos autores (2) ninguna otra rama del derecho toca tan de cerca a la moral; la organización de la familia sólo es sólida cuando está fundada sobre una moral rigurosa; y agregan que las reglas que gobiernan el derecho de familia son más bien preceptos de moral que normas de derecho.

Sin embargo además de la moral, por el alto interés general que persigue la regulación de las relaciones familiares, es regla común que las normas positivas son de carácter imperativo e inderogables por el particular; en resumen, son de orden público. La autonomía de la voluntad que constituye una de las características esenciales y determinantes en el derecho privado, queda limitada cuando se trata de la familia; la patria potestad es un poder de los padres, pero al mismo tiempo, y más importante aún es el deber y las obligaciones que corresponden a quien ejerce ese poder e inclusive a pesar suyo. La obligación alimentaria no puede ser rehusada voluntariamente por el obligado, ni renunciada por el titular de ese derecho. En fin, todas las normas relacionadas con el matrimonio, el divorcio, la separación judicial, la paternidad y la filiación, la patria potestad, los alimentos, la tutela, la curatela y demás instituciones que se agrupan alrededor del concepto de Derecho de Familia, son imperativas, de carácter general y en donde lógicamente la voluntad particular queda excluida, dejando paso para que impere el interés social y el orden público, el cual sigue ejerciendo influencia decisiva inclusive en las relaciones estrictamente económicas de la familia, dentro de las cuales también se deja margen para que opere la autonomía de la voluntad como luego lo veremos cuando se hable de las capitulaciones matrimoniales.

Se comprende bien este celo de la ley, inclusive en este campo patrimonial, a pesar de que las relaciones personales entre los miembros de

la familia tienen supremacía sobre los aspectos puramente económicos, el ordenamiento jurídico no olvida que, para conseguir aquellos fines de mayor relevancia, es necesaria la sustentación económica como el medio más importante en ese propósito y por lo mismo, el Estado interviene decididamente regulando esta otra actividad de la familia cuya organización no puede dejarse libremente a la voluntad de los particulares, porque las decisiones de éstas, eventualmente pueden afectar la estabilidad patrimonial del grupo familiar y consecuentemente, los superiores fines que ésta se encuentra obligada a cumplir. (3)

Opina Díez Picazo que "Tradicionalmente el Derecho de Familia se ha considerado integrado o incluido en el Derecho Civil y por tanto como algo que forma parte del derecho privado. Esta línea tradicional fue sin embargo discutida y puesta en cuestión en la segunda década de este siglo por una serie de trabajos del ilustre civilista italiano Antonio Cicu. Según la posición de Cicu, que ha tenido después gran número de seguidores, no es posible encuadrar el Derecho de Familia dentro del derecho privado. Por el contrario, existen rasgos que parecen aproximarlos al derecho público. Esta conclusión se obtiene partiendo de varias premisas. La primera de esas premisas es la consideración de que la familia no es una persona jurídica de carácter orgánico, cuya característica básica es la interdependencia entre los individuos y su dependencia de un fin superior. De ello deriva que, a semejanza de lo que ocurre en el derecho público, pueda hablarse en el derecho de familia de "órganos" y de "funciones". La segunda idea nace del análisis de la relación jurídica familiar. No es ésta una relación entre sujetos iguales o relación de coordinación, sino una relación de supra y de subordinación, en la que por ello mismo, el centro de gravedad no es la idea de un derecho subjetivo, sino el momento del deber jurídico. En aquellos casos en que se otorgan o se atribuyen a los individuos poderes jurídicos, éstos revisten más el carácter de potestades que el de auténticos derechos subjetivos. La estructura

interna de la familia detecta también la existencia de un interés familiar, que no es un interés individual, sino un interés superior inserto en una relación de carácter orgánico. Por último, es clara la ingerencia del Estado en el ámbito familiar, lo que detecta la existencia de un interés público y de un orden público familiar, aproxima la familia a los entes públicos y justifica las limitaciones que sufre la libertad individual en este campo jurídico." (4)

El resumen de las anteriores características del Derecho de Familia (5), ha permitido que modernamente sea tratado por la doctrina como una disciplina jurídica independientemente del resto del derecho privado y algunas legislaciones lo hayan separado -como es el caso de la legislación de Costa Rica-, agrupando todos los institutos jurídicos que se relacionan con la familia en un solo cuerpo legal, permitiendo de este modo una visión de conjunto de gran beneficio en el apresurado camino hacia la especialización y hacia el eficaz cumplimiento de los elevados fines que persigue esta rama del derecho.

Beltrán de Heredia haciendo una defensa de la doctrina de Cicu nos dice: "Cicu, que lleva a cabo una verdadera labor de trasmutación en el Derecho de Familia, partiendo del elemento ético que por todos y siempre se reconocía en la entidad familiar, para obtener del mismo consecuencias jurídicas que desde el punto de vista técnico, son impecables. La propia fuerza de la eticidad, salvo que sea una palabra hueca carente de contenido, obliga a aceptar la existencia de un fin altruista y traspersonalista, a todas luces superior al de los particulares individuos intervinientes, sustraído al libre juego de sus voluntades. Precisamente por ello y para que su actuación pueda tener lugar de una manera efectiva, se requiere que las normas legales que lo regulan tengan carácter inderogable, imperativo o de orden público, pues, de lo contrario, podrían ser puramente ilusorias. Y, como es lógico, la relación jurídica resultante tiene una estructura especial, de auténtica posición o situación, distinta por completo de las

que normalmente nos ofrece el mundo de lo patrimonial." (6)

En nuestro criterio Cicu demuestra que no se pueden aplicar los principios de derecho privado patrimonial al derecho de familia -no en todos los casos, pero en su gran mayoría-; pero a su vez reconoce la existencia de un interés superior al de los individuos particulares, pero también excluye en todo caso una relación de dependencia de la familia con respecto del Estado. Por eso creemos que configuró el Derecho de Familia como una rama intermedia entre el Derecho Público y el Privado.

Por el contrario para Planiol y Ripert "El carácter de orden público de la mayoría de las disposiciones familiares es otro de los rasgos distintivos; la familia -opinan éstos autores- es un factor de suma importancia para que el Estado se desentienda de cuanto a ella se refiere. Puede decirse que casi no hay normas del derecho familiar respecto de las cuales se admita pacto en contrario." (7)

Se puede afirmar con Ruggiero que "Todas estas especialidades nos llevan a la conclusión de que el derecho de familia se destaca de las demás partes del Derecho Privado y se aproxima al público. No se puede decir, sin embargo, que sea verdadero derecho público, pero si que se separa del resto del derecho privado y que constituye una rama autónoma." (8)

Concluyendo, y a pesar de que las definiciones de cualquier disciplina ofrecen generalmente una idea limitada del contenido de ésta podríamos intentar una definición de Derecho de Familia, viéndolo a éste como el conjunto de normas jurídicas, esencialmente de carácter público -sin descartar totalmente el carácter privado de otras-, que regulan las relaciones personales y patrimoniales de la familia como organismo esencial de la sociedad.



## DERECHO DE FAMILIA PATRIMONIAL.

El derecho de Familia, como rama ya independiente del resto del Derecho Privado, comprende dos grandes campos: Las instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales entre los miembros de la familia y los estatutos jurídicos que ordenan las relaciones patrimoniales. Se insiste constantemente en la doctrina sobre la supremacía del campo personal sobre el patrimonial y tal planteamiento resulta exacto, puesto que nadie discute la importancia que tiene para el grupo social y para los fines del Estado las primeras sobre las segundas. (9)

Sin embargo, para lograr los elevados fines que la familia está llamada a cumplir dentro del conglomerado social, no se duda tampoco del papel decisivo que cumple con aquel propósito, el sustento y la organización económica del grupo familiar. Por lo mismo, el Estado también tiene una intervención directa en este campo, imponiendo normas imperativas que suplan, en la mayoría de los casos, la voluntad particular, porque es de mucho interés para el poder público que la familia tenga un sustento económico estable y adecuadamente organizado para el debido cumplimiento de sus fines, lo cual resulta muy riesgoso dejarlo enteramente al arbitrio de la voluntad de los particulares y porque eventualmente es al mismo Estado a quien corresponde, en forma obligada, dar sustento patrimonial a la familia que no lo tenga o que lo haya perdido por una mala organización. (10) En el caso de Costa Rica nos basta con citar dos normas de la Constitución Política que nos confirman lo anterior. La primera dice: Art. 50. "El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza." La segunda de ellas dice: Art. 51. "La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad tiene derecho a la protección especial del Estado..." (11)

Concluyendo, vemos que el Estado se preocupa por la familia y en ba-

se a ello es que podemos hablar de un "Derecho de Familia Patrimonial", como la parte del Derecho de Familia que comprende las instituciones jurídicas reguladoras de las relaciones patrimoniales emergentes del estado familia. (12)

Debe puntualizarse que las instituciones que se tratarán en este trabajo forman parte del llamado Derecho de Familia Patrimonial, que comprende, como lo vimos, todo lo referente al aspecto patrimonial familiar,

abarcando aún otros temas que no analizaremos, como lo son: la prestación alimentaria y la regulación legal del usufructo y administración de bienes de los hijos menores sometidos a Patria Potestad, tutela o curatela; ya que el análisis enfocará solamente temas propios de las relaciones patrimoniales entre esposos, y no con respecto al resto de la familia, en vista de no ser el objetivo de este trabajo, aunque se hará una pequeña referencia al "Patrimonio Familiar", por ser una institución sumamente interesante, tomando en cuenta que afecta intereses de todo el grupo familiar y <sup>no</sup>sólo de los cónyuges entre sí.

#### PRINCIPALES INSTITUCIONES QUE COMPRENDE EL DERECHO DE FAMILIA PATRIMONIAL

Analizadas esquemáticamente las características y justificaciones del Derecho Familiar Patrimonial, conviene puntualizar en forma precisa los diferentes aspectos que comprende esta importante rama del ordenamiento jurídico familiar.

Guastavino señala, dentro de otros de menor importancia, los siguientes aspectos que comprende el Derecho de Familia Patrimonial:

- a) "Regulación legal de las prestaciones de alimentos surgidas de los lazos jurídicos familiares."
- b) "Regímenes Matrimoniales, con los que se organizan legalmente las relaciones pecuniarias entre los cónyuges y la <sup>de</sup> éstos con los

terceros; asimismo, las restricciones a la capacidad contractual de la esposa, del marido y de ambos entre sí."

- c) "Bien de Familia o Patrimonio Familiar, como institución aplicable a toda comunidad familiar, análisis de su delimitación y protección en las diversas situaciones que pueden afectarlo ( embargo, prescripciones, gravámenes, división post mortem, etc.). "
- d) "Regulación legal del usufructo y administración de los bienes de los hijos sometidos a Patria Potestad, y la administración de los bienes de los incapaces sujetos a tutela o curatela, como asimismo la administración de los bienes de los hijos adoptivos. Han de analizarse también las restricciones a la capacidad contractual entre los padres y tutores con sus hijos y pupilos."

"Algunos autores incluyen dentro del Derecho de Familia, el régimen de las sucesiones ab intestato; otros por razones tradicionales, de especialización o por no separar las sucesiones intestadas de las sucesiones testadas independizan la consideración del Derecho de Sucesiones, sin perjuicio de reconocer la estrecha relación que mantiene con el Derecho de Familia." (13)

Como puede observarse de la síntesis que en forma clara y precisa nos ofreció Guastavino, sobre los diversos aspectos que comprende el Derecho de Familia Patrimonial, destacando fundamentalmente los alimentos, los Regímenes Matrimoniales y el Bien de Familia o Patrimonio Familiar; este vemos resulta ser de un contenido extenso y variado, pero al mismo tiempo se observa que las diferentes instituciones cumplen fines muy similares y de gran trascendencia para el grupo familiar y por lo mismo, resulta perfectamente lógico que se les haya agrupado dentro de un mismo concepto.

Tal y como ocurre en la mayor parte de la organización familiar -como ya vimos- aquí también interviene el Estado con normas imperativas y de orden público, especialmente en lo que respecta a alimentos, al patri-

monio familiar y la administración de los bienes de los incapaces, dejando un margen más amplio para que opere la autonomía de la voluntad en lo relativo a los regímenes matrimoniales "pues no es indispensable (como ocurre en las relaciones personales y con los poderes), imponer una regulación única y uniforme para todos los casos, tanto menos, cuanto que la costumbre, la tradición histórica, el influjo de viejas legislaciones fuerzan a adoptar regímenes diversos." (14)

#### REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO. CONCEPTO Y ASPECTOS QUE COMPRENDE.

El matrimonio produce modificaciones dentro de la esfera patrimonial de los esposos, y no sólo en el aspecto personal (deber de cohabitación, fidelidad, mutuo auxilio, etc.) Por esto, los bienes que el hombre o mujer lleven al matrimonio, adquieran durante él o los que existan a su disolución, necesitan ser regulados de alguna manera, lo cual se ha resuelto de diversas formas a través de la historia y en nuestros días.

En base a lo anterior es que se ha hecho necesario un Régimen Patrimonial del matrimonio el cual "pretende ser en primer término una respuesta con criterios jurídicos-familiares a este tipo de cuestiones que la realidad plantea. La forma en que se haga puede cambiar con gran latitud. Dependerá parcialmente de la historia, creencias, hábitos y valoraciones colectivas de la comunidad jurídica, y en parte resultará de criterios técnico-jurídicos de eficacia y de sistematización formal." (15)

Veamos ahora la justificación que algunos autores hacen del Régimen Matrimonial de Bienes. Dice Puig Brutau que "ante el conjunto de problemas que brotan de la vida matrimonial, el Derecho ha de tener previstas las posibles soluciones, incluso organizadas en un conjunto unitario. Es lo que se conoce con el nombre de sistema de organización económica de la

sociedad conyugal o de régimen matrimonial de bienes." (16)

Para Messineo la familia tiene una función de orden patrimonial y ello este autor lo explica diciendo que la familia "provee al sostenimiento de sus componentes y a la educación e instrucción de los hijos y, por lo tanto, necesita de medios patrimoniales para dar cumplimiento a tales cometidos. Esto explica que, junto al régimen personal, coexista, o pueda coexistir, un régimen patrimonial de la familia." (17)

En opinión de Lacruz y Albaladejo "el matrimonio, desde el momento que supone el consortium omnis vitae de dos personas para realizar un fin común específico, sin duda extrapatrimonial, pero de gran proyección material y pecuniaria, exige a su vez una regulación específica de los medios económicos que sirven a tal fin. Esta regulación versa, al menos, sobre lo que es inevitable en un matrimonio: el soporte económico del hogar." (18)

Hasta aquí hemos visto algunas de las justificaciones que hacen los autores para que exista un Régimen Patrimonial del Matrimonio; ahora bien es necesario entrar a ver qué se entiende por Régimen Matrimonial de Bienes. Pero antes hay que aclarar que el Régimen Matrimonial de Bienes puede denominarse de diversas maneras, veamos: Como "Derecho Matrimonial Patrimonial" (Enneccerus, Kipp y Wolf); como "Régimen Matrimonial Pecuniario" (Roguín), como "Régimen de los Bienes en el Matrimonio" (Bibiloni) o simplemente como "Régimen Matrimonial" como lo hacen muchos autores.

De lo anterior sacamos como conclusión que el Régimen Matrimonial se puede entender como la respuesta que da el derecho a los problemas suscitados por la afluencia de bienes al matrimonio que es preciso regular; y en consecuencia el régimen económico sería entonces el conjunto coherente de soluciones que dichos problemas reciben. En relación con esto ver lo que dice Doral. (19)

Veamos ahora algunas definiciones sobre el Régimen Matrimonial y comencemos por la que da Castán Tobeñas en su conocida obra en la novena edición y que ha sido enteramente reelaborada y adicionada con la doctrina ulterior e interesantes puntos de vista propios por Gabriel García Cantero.

Dice Castán Tobeñas: "Se designa con la denominación de Régimen Patrimonial del Matrimonio o simplemente Régimen Patrimonial, al conjunto de reglas que delimitan los intereses pecuniarios que derivan del matrimonio, ya en las relaciones de los cónyuges entre sí, ya en sus relaciones con terceros. La cuestión fundamental a que hace referencia no es otra que la de determinar hasta que punto produce el matrimonio modificaciones en la esfera patrimonial de los cónyuges." (20)

En un sentido más específico Ripert y Boulanger lo conceptúan como "El estatuto legal o convencional que rige los intereses pecuniarios de los esposos, en sus relaciones recíprocas o con los terceros." (21), lo que viene a abarcar tanto el denominado régimen legal, como el convencional, conceptos que se definirán más adelante.

Por su parte Colin y Capitant, señalan que este es el "conjunto de reglas que fijan las relaciones pecuniarias de los esposos durante el matrimonio, los derechos de los terceros que contraten con ellos o que, por una u otra causa, lleguen a ser acreedores y finalmente, los derechos respectivos de cada esposo el día en que llegue a disolverse el matrimonio. El régimen matrimonial constituye, pues la ley que va a regular todas las cuestiones de orden pecuniario que pudieran nacer de la unión de los dos esposos." (22)

De las definiciones anteriormente anotadas y siguiendo a Puig Peña, podemos observar las siguientes conclusiones:

- a) El régimen patrimonial del matrimonio es fundamentalmente un estatuto normativo, articulado en un sistema, dirigido a un ordenamiento económico del hogar.
- b) El estatuto en referencia regula intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí, en lo que son del matrimonio y sirven para el matrimonio.
- c) El régimen patrimonial del matrimonio contempla también medidas de tutela o protección de los terceros.

d) La naturaleza del régimen económico matrimonial corresponde, pues, más que a un contrato, a una institución. El estatuto puede formarse por reglas emanadas de los cónyuges o bien de los futuros cónyuges -para el caso de capitulaciones matrimoniales- y por otra parte en caso de que no lo hagan, supletoriamente sería el estatuto que fije la misma ley.

Como <sup>se</sup> podría deducir de lo anterior no existe matrimonio sin régimen patrimonial, es decir, sin un estatuto que fije las condiciones económicas que lo rigen, dado que siempre se dará el régimen supletorio que los códigos imponen, en defecto de pacto expreso. Y esto no lo confirman Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida que opinan que "hay que aceptar, pues, en definitiva, que la imposición del régimen legal es un efecto de la ley, a falta de voluntad eficaz de quien a él quedan sometidos sabiéndolo o no.", y agregan, "Celebrado el matrimonio, el régimen matrimonial le sigue como la sombra al cuerpo." (23)

Para terminar este punto no podemos dejar pasar que el Régimen Patrimonial Matrimonial trata no solo las relaciones pecuniarias de los esposos durante el matrimonio, sino que también fija las disposiciones referentes a las bienes al momento de disolverse el matrimonio, lo cual es regulado de manera diversa, según cada legislación, en vista de existir varias soluciones, lo que será comentado más adelante.

#### CLASIFICACION DE LOS REGIMENES MATRIMONIALES.

Realmente tratar de clasificar las diversas formas dentro de las cuales puedan los cónyuges regular el régimen patrimonial que los va a regir durante la vida matrimonial, es una empresa difícil y posiblemente infructuosa. Es de advertir que los sistemas, además de múltiples, son

variados, teniendo por base, según los países, una determinada clasificación y el complemento de otra u otras; sin contar la inclusión y mezcla de instituciones especiales. Esto hace poco menos que imposible una clasificación exhaustiva, al menos pura.

Cada país busca en las costumbres tradicionales de su pueblo, o en su psicología, una fórmula adecuada. Intervienen múltiples matices bajo influencia de corrientes doctrinales imperantes, sean jurídicas, filosóficas o sociológicas.(24)

Muchos autores, dentro de ellos Castán Tobeñas (25), intentan una clasificación de los distintos regímenes matrimoniales, destacando que pueden agruparse tomando en consideración a su origen y así, pueden resultar regímenes convencionales y dentro de aquellos que permiten a los cónyuges una libertad absoluta de elección o bien, de una elección entre varias alternativas que la ley establece; también hay regímenes legales o predeterminados por la ley y dentro de éstos, los que son obligatorios o bien que constituyen únicamente una posibilidad supletoria para el caso de que los esposos no escojan uno determinado.

Por razón de los efectos que los regímenes van a producir dentro de la vida matrimonial o bien luego de la disolución del vínculo, el citado autor advierte que pueden darse regímenes en donde la personalidad de la mujer es absorbida totalmente por el marido y consecuentemente es éste quien tiene todos los poderes omnímodos sobre todos los bienes e inclusive sobre la capacidad de la mujer. Luego existen sistemas comunales en que, como su término lo indica, los bienes de ambos esposos se hacen comunes y, dentro de esta comunidad, la puede haber plena o universal o bien limitada a ciertos bienes. En contraposición a este último régimen, existen los de separación, en donde también encontramos desde la separación absoluta de bienes, hasta una separación relativa.

Por último, uno de los sistemas más interesantes por ser el que resulta muy similar al que rige en Costa Rica, es el llamado régimen de la sepa-



ración con comunidad diferida o sistema de participación.

Como puede observarse, son muchas y muy variadas las formas que pueden presentar los regímenes matrimoniales y por lo tanto, se advierte la dificultad casi insalvable de formular una clasificación digna de ser tomada como general. Por este motivo, el mismo Castán Tobeñas, después de ofrecernos una clasificación de las más completas y amplias, de inmediato se apresura a decir: "Ha de ser hecha, como observación general la de que esta clasificación y cuantas puedan hacerse de los regímenes matrimoniales sólo tiene un valor didáctico y muy relativo, ya que las legislaciones, ante la necesidad de articular un sistema que se adapte a las tradiciones, costumbres y especial psicología de cada pueblo, no suele adoptar un sistema puro, sino sistemas complejos en los que figuran combinaciones e instituciones que modifican el sentido normal de cada uno de ellos." (26)

Los sistemas económicos matrimoniales -nos dice Simo Santoja- pueden ser tan variados y modalizados, como son las circunstancias históricas, jurídicas, sociales que incidan sobre las instituciones familiares, como posición rectora de intereses comunes, como nacimiento de un nuevo ente social o como simple yuxtaposición individual. Y agrega: "Siquiera sea por la necesidad de comparación se han imaginado diversas clasificaciones. Así Roguin -citado por el mismo autor-, distinguía seis categorías: absorción de la personalidad de la mujer por el marido, unidad de bienes, unión de bienes, comunidad, régimen dotal y separación de bienes. Categorías que otros aumentaron con supuestos mixtos y otros redujeron a mínima expresión: Así Ripert y Boulanger, que se contentan con oponer los regímenes de inspiración comunitaria y los separatistas. Lasala Samper complica la clasificación subdistinguiendo entre: diversidad legislativa de derechos interiores en cuanto a clases o tipos de régimen matrimonial (absorción, separación de bienes, unión de bienes o unidad de administración, comunidad universal, comunidad de adquisiciones o gananciales, comunidad de muebles y gananciales y sistema dotal), diversidad legislativa de los

derechos interiores en cuanto al problema de la libertad de estipulación ( plena libertad, elección entre tipos preestablecidos y posibilidad de combinar notas y caracteres), diversidad legislativa de los derechos interiores en cuanto al régimen legal ( comunidad de administración, comunidad de bienes, separación de bienes) y diversidad legislativa de los derechos interiores en cuanto a los requisitos exigidos por la ley para la validez y eficacia e inmutabilidad de las convenciones matrimoniales (mutabilidad e inmutabilidad). " (27)

Desde el punto de vista de los autores Mazeaud, refiriéndose al Código Civil Francés nos comentan: "desde el régimen de comunidad universal el más comunitario, hasta el régimen de separación de bienes, el más separatista, los redactores del Código Civil han reglamentado diversos tipos de regímenes." (28)

Así como la legislación francesa, en general todas la demás, parten del mismo principio, o sea, que no regulan un sistema puro, ni siquiera varios sistemas puros, sino que establecen los regímenes que más convengan al sistema económico, a las tradiciones culturales y, en general, a la especial idiosincracia de su grupo social. Sin embargo, cabe hacer la advertencia de que, en términos generales, las diversas legislaciones parten de algún régimen tradicional o varios de ellos, tomándolos como base para luego introducirle los cambios o ajustes que se consideren adecuados en cada caso.

Por otra parte se ha señalado que los regímenes comunitarios representan una tendencia conservadora y son aptos para los matrimonios con base de economía rural, mientras que los de separación responden más adecuadamente a las tendencias liberales y en particular a las corrientes de fuerte feminismo, adaptándose, además a las profesiones industriales y mercantiles. (29) Esto no es del todo cierto, pero como veremos más adelante, no deja de tener su cierta lógica.

Para concluir volvemos a lo que ya se dijo en un principio y nos remitimos para ello en la opinión de Lacruz y de Albaladejo que dicen: "Teóricamente, las respuestas posibles, es decir, lo que se acostumbra a llamar sistemas económico-matrimoniales, son infinitos." (30)

Siendo imposible entonces encontrar en las legislaciones, regímenes matrimoniales puros, y conscientes de las limitaciones de este trabajo y de la necesidad de enmarcarlo necesariamente dentro de alguna orientación metodológica, se han escogido como regímenes más o menos representativos de los diversos modos dentro de los cuales pueden los cónyuges organizarse económicamente los siguientes: El régimen de separación, el régimen de la comunidad, y dentro de este último la sociedad de gananciales y en ese mismo orden se tratará de caracterizarlos, no sin antes insistir una vez más y con vehemencia, que lo que se va a decir de cada uno de ellos, son aspectos generales tomados de las diversas legislaciones consultadas y lo que se diga por algunos autores, pero se podrán encontrar dentro de las legislaciones modificaciones tan sustanciales que en muchos casos se presentan irreconocibles.

Este recorrido por la doctrina y la legislación extranjera se hace con el propósito de encontrar las bases del sistema costarricense y de dar una idea general del asunto.

Además no debemos olvidar que siempre queda la opción de las capitulaciones matrimoniales, que nos darían base para plantear dentro de ellas lineamientos generales de algún sistema económico específico, o bien alguna mezcla de ellos, y en última instancia a lo que la imaginación de los cónyuges pueda crear.

NOTAS.

CAPITULO I

- 1- DIEZ PICAZO, Antonio y GULLON, Antonio. Sistemas de Derecho Civil.  
Derecho de Familia y Sucesiones. Pág. 40
- 2- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Derecho Civil Francés. La Familia.  
Pág. 12
- 3- RUGIERO, R. Instituciones de Derecho Civil. Págs. 7, 8, 9, y 10.
- 4- DIEZ PICAZO. Op. cit. pág. 42
- 5- CICU, A. El derecho de Familia.
- 6- BELTRAN DE HEREDIA, José. "La doctrina de Cicu sobre la posición sistemática del Derecho de Familia." Revista de Derecho Privado. Pág. 822
- 7- PLANIOL Y RIPERT. Op. cit. pág. 12
- 8- RUGGIERO, R. Op. cit. págs. 14 y 15
- 9- GUASTAVINO, E. Derecho de Familia Patrimonial, Bien de Familia. Págs. 61 y 62.
- 10- RUGGIERO, R. Op. cit. Págs. 119 y 120
- 11- CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA. Pág. 120
- 12- GUASTAVINO, E. Op. cit. Pág. 62
- 13- GUASTAVINO, E. Op. cit. Págs. 62 y 63.
- 14- RUGGIERO, R. Op. cit. pág. 120
- 15- DELGADO ECHEVERRIA, Jesús. El Régimen Matrimonial de la Separación de Bienes en Cataluña. Pág. 33
- 16- PUIG BRUTAU, José. Fundamentos de Derecho Civil. El Matrimonio y el Régimen Matrimonial de Bienes. Pág. 369
- 17- MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Derecho de Familia. Pág. 100
- 18- LACRUZ, José Luis y ALBALADEJO, Manuel. Derecho de Familia. El Matrimonio y su economía. Pág. 235
- 19- DORAL, José Antonio. "El fraude y la defensa del interés familiar en

- el Código Civil Español. Revista de Derecho Privado. Pág. 556
- 20- CASTAN TOBENAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. Pág. 273
- 21- RIPERT- BOULANGER. Tratado de Derecho Civil. Pág. 276
- 22- COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Curso Elemental de Derecho Civil. Pág. 1
- 23- LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco. Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. Pág. 281
- 24- FUEYO LANIERI, Fernando. Derecho Civil. Derecho de Familia. Pág. 305
- 25- CASTAN TOBENAS. Op. cit. pág. 276
- 26- CASTAN TOBENAS. Op. cit. pág. 277
- 27- SIMO SANTOJA, Vicente Luis. Capacidad y Regímenes Matrimoniales de Extranjeros. Pág. 151
- 28- MAZEAUD, Henry Leon y Jean. Lecciones de Derecho Civil. La Organización del Patrimonio Familiar. Pág. 59
- 29- GARRIDO DE PALMA, Víctor. El Matrimonio y sus Regímenes Económicos. Revista de Derecho Privado. Pág. 414
- 30- LACRUZ- ALBALADEJO. Op. cit. pág. 236

## CAPITULO II

## CAPITULO II

### LA COMUNIDAD UNIVERSAL DE BIENES.

Este sistema constituye el más comunitario de todos los regímenes, porque forman parte de la comunidad, todos los bienes de ambos esposos aportados al matrimonio y los que adquirieran durante él por cualquier título oneroso o gratuito. (1) También formarán parte de la comunidad la totalidad del pasivo que los cónyuges lleven al matrimonio y el que formen durante la vigencia del vínculo, lo cual en algunos casos como se comprende, puede conducir a graves consecuencias que hacen de este régimen un sistema poco recomendable.

Los autores Lacruz y Sancho Rebullida al hablarnos de la universalidad del patrimonio común nos dicen: " El patrimonio común comprende, por definición, todos los bienes de los cónyuges, tanto los aportados como los adquiridos con el matrimonio por cualquier causa (negocio jurídico, herencia o legado, culpa extracontractual, ley, etc.), a excepción de los personalísimos." (2)

Este régimen está concebido para regir en aquellos ordenamientos jurídicos incididos por la influencia religiosa. En lo que al cristianismo se refiere, nada más inapropiado que admitir un régimen de separación de bienes, más propio de un sistema jurídico que admita la disolución del vínculo en vida de los esposos. La idea cristiana y más propiamente la católica repele, por principio, otra idea que no sea la de comunidad de cuerpos, almas y bienes de los cónyuges. (3)

A pesar de que este sistema gozó de poca popularidad y fueron pocas las legislaciones que lo incorporaron en sus códigos, tuvo sus defensores: Se repite con Rothier que la sociedad de bienes que se forma entre esposos es una consecuencia de la unión de las personas. Y esta unión es absoluta. Esta identificación de las personas debe conducir a identificar sus

intereses. Si se quiere ser consecuente con el principio sobre el cual descansa la comunidad, hay que hacerla universal.

A pesar de esto, el sistema de la comunidad universal de bienes es sin duda uno de los regímenes más peligrosos y especialmente para la mujer, porque los suyos en su totalidad ingresan al haber común cuya administración pertenece al marido. Posiblemente si se tratara de un esposo emprendedor, responsable y que respetara los altos intereses de la familia y los mandatos que le impone el vínculo matrimonial, la esposa no podría encontrarse en mejor situación, puesto que sus bienes, a junto a los de su esposo, día con día, lógicamente, irían en aumento y el bienestar de la familia difícilmente se encontraría en dificultades; pero, enfrentada la mujer al caso contrario, o sea, a un marido dilapidador e irresponsable, el régimen se convertiría en el peor enemigo de la economía de la mujer y en general de la familia.

Es por ello que Vázquez Iruzubieta nos diga: "Uno de los mayores reproches que se le formulan a este sistema es el de la administración, en cuanto deposita en el marido una amplia potestad y coloca a la mujer en un plano de abierta desigualdad." (4)

Este régimen podría comprenderse en aquel tiempo en que la personalidad y capacidad en general de la mujer quedaba nulificada por la del marido al momento de celebrarse el matrimonio, pero cuando los diversos grupos sociales fueron poco a poco evolucionando y concediendo a la mujer el lugar que actualmente ocupa dentro del matrimonio, el régimen de la comunidad universal de bienes y los poderes absolutos del marido, fueron igualmente desapareciendo, dejando paso a otros regímenes comunales cuyas normas cuidan especialmente de proteger los intereses de la mujer y de reconocer la capacidad e igualdad de ésta frente a su esposo.



## REGIMEN DE LA COMUNIDAD LIMITADA.

El primer quebranto que sufrió la comunidad universal de bienes dentro del matrimonio, lo fue el hecho de que el régimen dejó de ser un sistema legal, para convertirse en contractual. De esta forma, las diversas legislaciones, considerando el grave perjuicio que tal sistema podría eventualmente ocasionarle a la mujer, dejaron en libertad a los futuros contrayentes o a los cónyuges, especialmente a la mujer, para optar contractualmente por este régimen o bien escoger entre otras alternativas que le ofrecieran mayor seguridad.

"La comunidad general de bienes, que hasta 1900 constituyó en muchas partes de Alemania el Régimen Legal de Bienes, desde entonces solo puede establecerse por contrato." (cita de Enneccerus-Kipp-Wolff) (5)

En esencia, este paso de las legislaciones, aunque en primer momento no parecía tan decisivo, fue realmente mortal para el régimen de la comunidad universal de bienes y ello por tres razones fundamentales: en primer lugar, la mujer teniendo otras alternativas legales que le ofrecen mayor protección a su patrimonio y mejor posición desde el punto de vista de su capacidad, en muy raras ocasiones se decidirá por escoger contractualmente aquel régimen, con mayor razón si su caudal económico es considerable al contraer matrimonio. En segundo lugar, y como corolario del primero, si es el marido el único que aporta bienes al matrimonio, no estará muy interesado en que éste, por el hecho del vínculo, se convierta ipso iure en un patrimonio común, la regla general es que ello no ocurra, y la excepción es que realmente el esposo, al contraer matrimonio, celebre un contrato por medio del cual traspasa la mitad de su caudal a su esposa, aunque ésta no goce de su administración. Y en tercer lugar, y el más decisivo a nuestro juicio, es el hecho de que muchas legislaciones tomando en cuenta que los contratos de matrimonio son tan excepcionales, hicieron de ese requisito el arma más contundente que se ha esgrimido en contra del

régimen de la comunidad universal, al prescribir que ésta únicamente es permitida mediante capitulaciones matrimoniales.

En virtud de esta limitación prevista en algunas legislaciones, los matrimonios que excepcionalmente estipulaban capitulaciones escogiendo el citado régimen, comenzaron a introducirle ~~sub~~stanciales cambios y limitaciones de tal naturaleza que desfiguraron por completo el régimen, siendo por este motivo, que los códigos que generalmente deben responder a una realidad social, prescindieron en su totalidad de este sistema, e incluso en algunos países en donde rige un sistema de comunidad legal "la ley... -generalmente- no permite extenderla más allá de los frutos de los bienes de las adquisiciones hechas por industria de los cónyuges y de los ahorros de éstos." (6)

#### LA COMUNIDAD LIMITADA, LEGAL Y CONTRACTUAL.

De acuerdo con la clasificación hecha por Castán Tobeñas -anteriormente citada cuando se habló de las clasificaciones de los regímenes Matrimoniales-, el régimen de la comunidad limitada puede ser de cuatro clases: a) de muebles, únicamente; b) de adquisiciones a título oneroso o sea la comunidad de gananciales; c) de muebles y adquisiciones y; d) de todos los bienes futuros adquiridos a título oneroso o lucrativo.

De todas las posibilidades previstas por el citado autor, la más generalizada es la llamada comunidad de adquisiciones a título oneroso o bien comunidad de gananciales, cuyo estudio se dejará para hacerlo en un apartado especialmente dedicado a ella.

Con respecto a los demás sistemas clasificados por Castán Tobeñas, debe decirse que en general, todos son de tipo contractual. Son posibilidades que pueden escogerse particularmente en el contrato de matrimonio, o bien hacer una combinación de ellas, todo a juicio de los esposos o de

los futuros cónyuges. De tal suerte que, por regla general, los códigos que tienen regulados diversos regímenes matrimoniales ( dotal, separación, separación con comunidad diferida ), dedican uno o varios capítulos especialmente al régimen de gananciales, dejándolo en muchos casos como sistema optativo entre otras o bien imponiéndolo como régimen supletorio para el caso de que los cónyuges no elijan en las capitulaciones uno determinado, o bien <sup>7 PARA CUANDO</sup> los contrayentes no hayan estipulado contrato de matrimonio.

Aplazado el estudio de este régimen a un apartado posterior y siendo uno de los más representativos de los regímenes comunitarios limitados, cabe agregar únicamente con respecto al sistema de comunidad limitada en general, que éste ha sido establecido atendiendo a las necesidades imperantes luego de que cambió el concepto de la mujer como cónyuge incapaz o al menos con capacidad limitada, pasando a ubicarla en el lugar que realmente le corresponde como compañera de lucha, de trabajo, de responsabilidad y dirección del hogar junto con su marido, sin menoscabo de aquella capacidad femenina que injustamente había sido desestimada y puesta en lugar inferior, especialmente al contraer matrimonio.

Al desplazarse casi por completo los poderes omnímodos del marido en todos los ángulos de la vida matrimonial, ya no podía pensarse como situación lógica, la comunidad universal de bienes, cuya existencia hoy queda limitada -por no decir totalmente desaparecida- a la voluntad contractual de los cónyuges, lo cual, como ha quedado dicho, constituyó su golpe mortal.

Sin embargo, la comunidad de bienes, desde luego la limitada, no podría desaparecer ~~por~~ por la circunstancia de ser el matrimonio

una unión de personas con fuertes lazos, que requieren asimismo de bienes para su bienestar y prosperidad, los cuales en la mayoría de los casos provienen de diversas fuentes, formando de seguro e irremediablemente una comunidad de hecho que requiere una adecuada regulación para evitar

los conflictos que muy corrientemente se presentan con la imprevisión.

#### REGIMEN DE LA SEPARACION ABSOLUTA DE BIENES.

La ordenación patrimonial del matrimonio parece que, en principio, ha de ser libre, para que los contrayentes lo hagan ajustando a cada caso en concreto sus necesidades, lo cual puede hacerse mediante las capitulaciones matrimoniales; pero admitida esta libertad de principio, como no puede imponerse ni suponerse que todos los que se casan tienen conocimientos y previsión para regular el aspecto patrimonial de su matrimonio; es a la ley a quien corresponde establecer impositivamente un régimen legal supletorio, que podría ser perfectamente el régimen de separación absoluta de bienes.

Parece que este sistema ha nacido como contrapuesta del anterior -nos referimos al de comunidad universal de bienes- en el sentido que viene a darle a la mujer la consideración que merece en el matrimonio y como un medio de fomentar las uniones nacidas sólo del amor y exentas de toda aspiración material e interesada. También hay quienes no lo ven así como luego veremos, pero como opina Manresa y Navarro "Al contraer matrimonio el esposo y la esposa, sus personalidades coexisten, no desaparecen, y así como cada uno conserva sus cualidades, buenas o malas, y su carácter propio, debe también conservar sus bienes con independencia, lo cual significa la separación racional de sus patrimonios respectivos. Cada cónyuge es el propietario, el usufructuario y el administrador de sus propios bienes, y los conserva con sus frutos y con el producto de su trabajo.(7)

Para Díez Picazo la separación de bienes entre los conyuges se produce "cuando cada uno de los consortes tiene sus propios bienes y su propio patrimonio, sin que se produzca entre los mismos ninguna unión ni ninguna confusión y sin que se produzca tampoco, por virtud del hecho del

matrimonio, la formación de ningún tipo de comunidad. En la separación de bienes hay un patrimonio privativo del marido y un patrimonio privativo de la mujer, escindidos y separados. A cada uno de los consortes pertenece la propiedad, el disfrute, la administración y la disposición de sus propios bienes." (8)

Es por esta separación de patrimonios por lo que cada uno de los cónyuges dispone de sus bienes y los administra con plena libertad. Así, se mantiene una independencia respecto a los haberes igual a la que se tenía antes de contraer matrimonio.

"En este sistema -nos dicen Colin y Capitant-, el matrimonio no modifica en nada los derechos de cada esposo en su patrimonio." (9)

Algunos autores, lo defienden como el mejor sistema para regular las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, por ejemplo el costarricense Brenes Córdoba nos dice: "Esta es la forma más apropiada de régimen económico conyugal, por cuanto deja en completa libertad a los esposos para la adquisición y disposición de bienes, no obstante encontrarse unidos por el estrecho lazo del matrimonio, y porque mantiene la autonomía de la mujer." (10) Otro autor mexicano aconseja a los jóvenes que en el futuro se casen, a que contraigan matrimonio siempre bajo el régimen de la separación de bienes, para que eviten el sistema de sociedad conyugal que podría -según Antonio de Ibarrola- dificultar el trámite de los negocios y dar al traste también con la claridad que ellos deben revestir en relación a los terceros que contratan con ellos. (11)

Se le atribuyen muchas ventajas al régimen de separación de bienes, especialmente aquellas que derivan de la capacidad de los cónyuges para disponer como lo deseen de los bienes que por cualquier título adquieran durante el matrimonio. Esta ventaja estaría muy puesta en razón cuando los cónyuges además de aportar al matrimonio igual caudal de bienes y de similar naturaleza, trabajaran en igualdad de condiciones, en cuyo caso, tanto la esposa como el marido, aumentarían su haber económico sin detrimento del

otro; pero cosa diferente ocurre cuando los caudales son distintos o no tiene nada uno de los esposos. Pensemos a manera de ejemplo, en un matrimonio en que el marido es quien lleva bienes, especialmente inmuebles. Podría establecerse que lo justo es que él sea quien aproveche de todos los aumentos de su capital habido durante la vigencia del vínculo, pero observando el asunto desde el punto de vista de la mujer, ello no sería lo más conveniente ni estaría acorde con la realidad de la vida matrimonial, puesto que, en alguna forma, aunque sea indirectamente la esposa ha podido contribuir al aumento de aquel capital con su consejo, con su apoyo y alentando a su marido en las malas situaciones y estimulándolo en lo bueno, e incluso participando activamente en el trabajo y, por último y en nuestro criterio muy decisivo, brindándole un hogar, atendiendo a él y a los hijos de ambos, todo lo cual constituye a no dudarlo, una valiosísima colaboración de la mujer que no debe quedar sin reconocimiento. Se ha escogido el ejemplo de la mujer, por ser el caso más corriente, pero con respecto al varón también puede suceder lo mismo, aunque sea más rara la situación.

Con respecto a las ventajas o inconvenientes que pueda tener el régimen de separación absoluta nos vamos a remitir a la autorizada opinión de prestigiosos autores ~~que con todo~~ acierto tratan el tema.

Para Díez Picazo no cabe duda de que el régimen de Separación de Bienes "es el que mejor favorece la independencia y la libertad de actuación de cada uno de los cónyuges. Sin embargo, su recto funcionamiento presupone una cierta situación de equilibrio de los patrimonios de ambos cónyuges o una actividad económica o profesional de ambos que permita a ambos tener sus propios ingresos. La falta de participación en las ganancias hace de peor condición a la mujer que no obtenga ingresos propios y que esté dedicada a la gestión doméstica." (12)

Para Manresa y Navarro es claro que, "permaneciendo separados los bienes de los cónyuges, y conservando cada cual los suyos con independen-

cia, nunca podrá decirse que este sistema favorece los matrimonio de conveniencia o interés, siendo lógico que se realicen por puro afecto o estimación. Es también evidente que al reconocer a la mujer el derecho de poseer un capital propio en el matrimonio, y aún administrárselo sin limitación alguna, se eleva su condición, se la dignifica, haciéndola igual al hombre y colocándola aún en situación más privilegiada. -agrega el autor- Es verdad, por último, que la mala administración del marido sólo compromete su fortuna propia, nunca la de su esposa, que siempre conservará lo suyo, y no puede verse reducida a la indigencia por la torpeza, el abandono, el atrevimiento o la desgracia del jefe de la sociedad conyugal. Pero al lado de estas ventajas, es fácil señalar graves inconvenientes. El sistema de separación de bienes en el matrimonio significa la negación de la natural existencia y necesidad de una propiedad especial en la familia." (13)

Otra observación interesante es la que hace Ignacio Nart cuando nos dice: "La separación de bienes parece el régimen económico-matrimonial más "feminista", o que realza más la personalidad o independencia de la mujer. Es sin embargo, el que peor la trata. La mujer sufre su parte de los gastos del matrimonio y no se enriquece con él nunca. Madre generalmente, ha de quedarse en su hogar mientras que el marido trabaja o negocia. Así la economía común de una vida común se vuelca en el bolsillo del marido. Es un buen régimen, como permisible, para especialísimos casos concretos: matrimonios cerebrales de personas maduras, de viudos con hijos y bienes de anteriores matrimonios, de mujer rica con hombre guapo...: es decir, de matrimonios compañía, no de matrimonios célula social." (14)

Otra posible ventaja que nos ofrece este régimen es la que Garrido de Palma considera como una posibilidad que este sistema ofrece, ante el hecho de que en situación de peligro económico por la existencia de acreedores, fundamentalmente, cuando uno de los cónyuges se dedica habitualmente

a actividades de signo empresarial, no por ello ambos cónyuges estarían en peligro de perder todos sus bienes. (15)

Otra opinión que ve una desventaja en este sistema es la de José Luis de los Mozos que considera que el régimen de separación absoluta de bienes es vista con disfavor, pues pone en muy mala situación a la mujer, viuda o divorciada, cuando carece de patrimonio o de ingresos propios. (16)

Las anteriores argumentaciones ya son bastantes para pensar que el régimen de separación total o absoluta de bienes no es del todo el sistema ideal, aunque debemos reconocer que tiene grandes ventajas. Pero se dan razones de orden práctico que desfavorecen esencialmente el sistema. Se ha dicho que no hay otro régimen más sencillo que el de la separación, puesto que cada uno de los cónyuges administra y dispone en forma libre de su caudal económico, sin más trabas que las derivadas de su responsabilidad con respecto al sostenimiento de las cargas del matrimonio, pero que en lo demás, el sistema no ofrece dificultad alguna, tanto durante la vida matrimonial, como al momento de su disolución, puesto que se conoce con exactitud cuáles bienes pertenecen a cada cónyuge en particular. Esta simplicidad del régimen no es más que aparente. "No debería de producirse ninguna dificultad por conservar cada uno de los esposos los bienes que no han dejado de administrar. Pero, en razón de la confusión de hecho que se realiza en el curso del matrimonio entre los muebles de los esposos, la liquidación de éste régimen tropieza con grandes dificultades de prueba. El notariado intenta remediarlo insertando en los contratos algunas cláusulas llamadas de "presunciones de propiedad", en virtud de las cuales se presume por ejemplo, que las alhajas son de la mujer, la biblioteca y los valores contenido en tal cofre del marido. La confusión de hecho entre los bienes de los cónyuges, y las dificultades de prueba que de ello resultan, despojan al régimen de separación de bienes de lo que debería ser, su mérito principal, la simplicidad, esa simplicidad no es más que aparente." (17)

Para terminar y resumiendo este punto diremos que todas las características de este régimen se pueden resumir diciendo que el mismo no contiene masa indivisa activa o pasiva, ni durante el matrimonio, ni a su



disolución, dejando intactos los poderes de los esposos sobre sus bienes, ya que como vimos cada uno de ellos conserva la administración, la disposición y el disfrute de los mismos. Entre todos los regímenes económicos del matrimonio es el que posee la menor influencia sobre los bienes de los cónyuges, otorgando por lo tanto independencia absoluta a ambos en ese sentido.

### SUPUESTOS DE SEPARACION DE BIENES

Se puede hablar de tres supuestos de separación de bienes: 1- La separación de bienes convencional. 2- Separación legal de bienes. 3- Separación Judicial de bienes. Hay autores como Carbonier que reducen a dos los supuestos de separación de bienes quedándose con la separación judicial y la separación convencional únicamente, pero que en nuestro criterio se quedarían cortos si excluyeran a la separación legal.

a) La separación convencional es aquella que se da en virtud del principio de libertad de estipulación por medio de las capitulaciones matrimoniales, o sea que se produce en aquellos casos en que se crea este régimen por la voluntad de las partes.

b) La separación de bienes es de origen legal cuando resulta impuesta por la ley; ello podría ocurrir o bien porque la ley tenga el régimen legal de separación como obligatorio o bien en el caso en que se tenga como sanción cuando se viole alguna prohibición. Díez Picazo (18) pone por ejemplo el caso en que el matrimonio, sea civil o canónico, se contraiga vulnerando las prohibiciones del artículo 45 del Código Civil Español (hoy día cambiado) y que es casi igual al artículo 16 del Código de Familia de Costa Rica.

c) Por último, existe una separación judicial de bienes, cuando la separación se decreta por resolución judicial en las situaciones anormales

del matrimonio especialmente previstas en el artículo 1433 del Código Civil español y también para el caso del artículo 41 del Código de Familia de Costa Rica cuando el Tribunal previa solicitud de uno de los cónyuges pueda decretar la liquidación anticipada de los bienes con lo cual se llegaría a un régimen de separación absoluta en los mismos. En relación con el tema V. Carbonier. (19), Díaz Alabart. (20), CLEMENTE DE DIEGO.(21)

#### LA SEPARACION DE OBLIGACIONES Y DE RESPONSABILIDADES.

Como hemos visto en el régimen de separación de bienes al existir patrimonios distintos, el régimen de obligaciones y de responsabilidades también es separado. Las obligaciones contraídas por cada cónyuge son de su exclusiva responsabilidad y responde de ellas con su propio patrimonio.

Sin embargo esta regla presenta una excepción que a nuestro juicio y fundamentándonos en las observaciones que hace Díez Picazo (22) consiste en que al estar legitimado cada uno de los cónyuges no sólo para disponer y administrar sus bienes, sino también para actuar o realizar aquellos actos atinentes a la satisfacción de las necesidades de la familia, parece que estos actos obligan tanto al que los realiza como a su consorte. Sin embargo es dudoso que en un régimen de separación de bienes o en un régimen de participación en los gananciales -caso de Costa Rica- ello engendre una acción directa del tercero acreedor frente a ambos cónyuges, si el tercero acreedor lo es sólo de aquel de los cónyuges que contrajo la obligación; pero en nuestro criterio esto no quitaría la posibilidad del derecho de regreso o de repetición del cónyuge que contrajo la deuda frente al otro, fundamentándose en el artículo 35 del Código de Familia cuando la mujer -por ser el caso más corriente- cuente con recursos propios.

Dicho artículo dice: Art. 35. "El marido es el principal obligado a sufragar los gastos que demanda la familia. La esposa está obligada a

contribuir a ellos en forma solidaria y proporcional, cuando cuente con recursos propios."

En general casi todos los autores piensan que por más régimen de separación absoluta de bienes siempre hay obligación de contribuir a las cargas de sostenimiento de matrimonio. Para ello nos basta con citar a Puig Brutau que opina que "incluso con el sistema de separación estricta o propiamente tal, el matrimonio ejerce influencia en los derechos patrimoniales de los cónyuges, pues la ley impone el deber mutuo de prestarse alimentos y contribuir a las cargas del matrimonio." (23) y casi en igual sentido Nart nos dice: "Hemos de unirnos a los que piensan, como Rogin y Valverde, que el régimen matrimonial de separación de bienes no es tal régimen, sino esa obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio, que no nace de la capitulación ( que a lo más podrá señalar el módulo de proporción), sino directamente de la ley, por el hecho y la razón del matrimonio." (24)

#### REGIMEN DE SEPARACION RELATIVA DE BIENES.

Dentro de la clasificación de los regímenes matrimoniales hecha por Castán tobeñas (25) encontramos lo que podríamos llamar regímenes de separación de bienes, pero relativa, y dentro de ésta, la más importante es la de separación con usufructo marital limitado a ciertos bienes o sea, el régimen dotal, el cual no será tratado <sup>/extensamente</sup> en este trabajo por ser este un régimen casi en desuso y en vías de extinción en casi todos los países que aún lo tienen, pero no por ello dejaremos de hacer una referencia a él.

Por otra parte existe un régimen suis ~~généris~~ denominado por el mismo autor como "de separación con comunidad diferida", también llamado sistema de participación en los gananciales, pero igualmente dejamos su estudio

para otro apartado de este trabajo. Por lo demás, al permitir las diferentes legislaciones la libertad para que los cónyuges estipulen el contrato de matrimonio que deseen -generalmente con las tradicionales limitaciones de que el mismo no debe contrariar la ley, las buenas costumbres ni el orden público-, éstos podrían partir o bien de una separación absoluta de bienes, o de una separación relativa de bienes, en cuyo caso los esposos podrían convenir de que algunos de sus bienes de cualquier clase que ellos sean, formen parte de un haber común, cuya administración, disposición y goce, ellos mismos establecerían en el contrato, de este modo se podrían dar las más variadas formas de separación relativa de bienes. En nuestro criterio nos parece lógico que un matrimonio previsor quiera establecer algún patrimonio común fundamentalmente para el levantamiento de las cargas del matrimonio.

#### REGIMEN DOTAL (Referencias)

Como ya se dijo este régimen es poco usado en la actualidad, aunque algunas legislaciones lo dejan como posibilidad de escogencia a los futuros cónyuges; en Costa Rica el Código de 1841 contenía varias disposiciones sobre la dote, sin embargo la misma no tuvo arraigo en el medio y poco después dichas disposiciones fueron suprimidas.

Se puede decir que "Lo que esencialmente caracteriza el régimen dotal es la presencia de bienes aportados por la mujer que quedan bajo la administración del marido y de los cuales éste adquiere los frutos o hasta la propiedad, y que son en principio (al menos los inmuebles) inalienables e inembargables. Estos bienes constituyen lo que en sentido estricto se llama dote (porque a veces en doctrina se da a la palabra dote un significado más amplio, para referirse a los bienes aportados al matrimonio por cual-

quiera de los cónyuges, y se habla incluso de dote del varón)." (26)

La dote, pues, en el lenguaje corriente, comprende ordinariamente los bienes dados a los futuros esposos con ocasión y en vista del matrimonio, bien por sus parientes, bien por extraños. En este sentido, la dote puede ser constituida tanto a favor de la mujer como a favor del marido; por otra parte, no forma cuerpo con el régimen matrimonial; porque cualquiera que sea éste, puede funcionar como abstracción hecha del mismo.

Como ya se dijo en sentido jurídico el concepto de la dote difiere del que se entiende en sentido vulgar, por diversos extremos, ya que primeramente emana únicamente de la mujer, en segundo término no tiene carácter gratuito, pues comporta una afectación especial, al llevar consigo una carga, cual es la de contribuir al sostenimiento del hogar, y en última instancia no supone necesariamente la redacción de un contrato de matrimonio, ni de ningún otro documento (27), así el régimen dotal viene a constituir una aportación de la mujer (u otro por ella), al hombre o viceversa, con el fin de contribuir a los gastos familiares.

Ahora bien, debe puntualizarse que a pesar de que la dote en sentido jurídico no supone un contrato matrimonial, lo cierto es que las legislaciones previsoras de este régimen, generalmente lo dejan como voluntario a las partes y por lo mismo si se quiere acoger, debe hacerse constar en las Capitulaciones Matrimoniales.

#### LA SOCIEDAD DE GANACIALES. CONCEPTO.

Para nosotros el matrimonio debe en principio carecer de influencia sobre el plan patrimonial, aunque no se pueden desvincular, puesto que se presentan en la vida práctica dificultades; ya que, siendo el matrimonio una comunidad de vida, entraña necesariamente cierta comunidad de bienes.

No podría concebirse un hogar en el que cada uno de los cónyuges llevara una vida propia y diferente del otro, y en el que nada perteneciera a la familia. Esto no excluye la posibilidad de que esto se dé, pero en todo caso no sería una normalidad. De allí la necesidad de un patrimonio común constituido por las ganancias que tengan los cónyuges durante la vida de su matrimonio.

Es por ello que dentro de los regímenes de la comunidad limitada de bienes en el matrimonio, encontramos la llamada sociedad de gananciales o comunidad de gananciales, términos que indistintamente usan las legislaciones para distinguir el régimen por el cual los cónyuges ponen en común mediante contrato de matrimonio o bien, cuando la ley lo fija supletoriamente, cierto grupo de bienes destinados en primer término al sostenimiento de las cargas del matrimonio.

Son muchas las definiciones que se han dado de la sociedad de gananciales y para tener un concepto más o menos global veamos algunas de ellas. Para Espín Canovas "La sociedad de gananciales es un sistema de comunidad limitado a lo que el matrimonio adquiera por el esfuerzo o trabajo de ambos cónyuges durante el matrimonio y a las rentas de los bienes privativos que también se obtienen normalmente por el esfuerzo de la administración de los mismos." (28)

Sánchez Román la define como "la comunidad restringida de cierta especie de bienes entre los cónyuges, prevenida por la ley y deducida del matrimonio, para atender, en primer término, al sostenimiento de las cargas de la familia y dividir el sobrante por mitad entre los cónyuges de aquél." (29)

Por su parte Manresa la define como "una sociedad constituida mediante el matrimonio entre el marido y la mujer, por virtud de la cual ponen en común los frutos de sus bienes privativos y su trabajo e industria, y hacen suyos por mitad, al disolverse la unión, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio." (30)

En nuestro concepto es esta última definición la que da una idea más clara de la naturaleza de esta comunidad restringida y es precisamente lo que se refiere a las "ganancias" como término calificativo y distintivo de éste régimen lo que nos da el nombre del mismo, porque en realidad, son las utilidades, con las variantes y limitaciones que luego se verán, las que forman parte de la comunidad, y las que fundamentalmente la ley toma en cuenta para organizar el sistema y distinguir esos bienes de otros que también pueden poseer los cónyuges y que no forman parte de esa comunidad, por no estar considerados como ganancias habidas durante la vigencia del matrimonio.

#### LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO REGIMEN LEGAL SUPLETORIO.

En algunos casos cuando los cónyuges se casan sin otorgar capitulaciones matrimoniales se tiene la sociedad de gananciales como un régimen legal supletorio (esto depende de las distintas legislaciones).

Las capitulaciones matrimoniales son convenciones de excepción en casi todos los países, y por este mismo motivo, la sociedad de gananciales por contrato en raros casos se presenta, es entonces como régimen legal supletorio como se presenta en la mayoría de las legislaciones que lo contienen; y es precisamente por este motivo que tiene importancia dentro del estudio de los diversos regímenes, puesto que son más los matrimonios que no estipulan capitulaciones que aquellos que lo hacen. En este sentido, Castán Tobeñas refiere: "Como régimen legal, casi siempre a título supletorio, está vigente el de gananciales no sólo en nuestro derecho, sino en buen número de legislaciones americanas (como las de Chile, Perú, Bolivia, Ecuador, Guatemala y Venezuela). Como régimen meramente convencional, es conocido el de comunidad de adquisiciones, con una u otra denominación en

casi todos los países y, en algunos casos como en Francia, tiene tal difusión que, según Colin y Capitant, la comunidad de adquisiciones era el régimen preferido de los esposos que hacen contrato de matrimonio, lo mismo en el Mediodía que en el Norte." (31)

#### MASA DE BIENES QUE SE DISTINGUEN EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Siendo la sociedad de gananciales una comunidad limitada de bienes, en la cual, desde luego, no todos los haberes de los cónyuges forman parte de la masa común; ésto hace que la doctrina acostumbre distinguir en este sistema cuatro masas de bienes, que son: bienes propios del marido, bienes propios de la mujer, los bienes reservados de ésta y, finalmente, el patrimonio común. Ya desde este momento, puede advertirse que el régimen de la sociedad de gananciales, es un sistema complejo puesto que, además de coexistir en el matrimonio cuatro grupos de bienes, éstos, lógicamente y por la naturaleza de las relaciones familiares, están en constante interrelación y en muchos casos se dificulta su distinción, lo cual puede llegar a ser motivo de muchas controversias, especialmente al momento de la disolución del sistema. Es por este motivo que el legislador, especialmente en aquellos países en donde el régimen es supletorio, dedica muchos artículos del Código a la sociedad de gananciales, con el propósito de facilitar hasta donde sea posible la distinción precisa de las cuatro masas de bienes, para lo cual ofrece enumeraciones taxativas y en ocasiones presunciones generalmente iuris tantum de que tal o cual bien pertenece a determinado grupo de los cuatro posibles. Es necesario igualmente, hacer la advertencia de que las legislaciones que adoptan el sistema de gananciales como régimen legal supletorio, a pesar de que, en términos generales, siguen las normas más características del sistema, siempre introducen varian-



tes de acuerdo con sus tradiciones jurídicas, lo cual desde luego impide que los rasgos sobresalientes del régimen que se trata de precisar, sean la norma única en cada uno de los aspectos.

#### BIENES ADQUIRIDOS ANTES DEL MATRIMONIO.

En términos generales se denominan bienes propios de cada uno de los cónyuges, aquellos que se encuentran formando parte de su patrimonio al momento de contraer nupcias. No hay motivo de ninguna especie para que los haberes de los cónyuges adquiridos por cualquier título con anterioridad al matrimonio, formen parte de la sociedad de gananciales y ello no ofrece discusión alguna en la legislación en virtud de que la comunidad de ganancias, ingresa en la vida jurídica en el momento mismo del matrimonio.

"En todos los regímenes matrimoniales el marido y la mujer pueden conservar y mantener la propiedad exclusiva sobre bienes privativos, excepto cuando se trata del sistema de comunidad universal." (32) A la anterior opinion de Puig Brutau agrega Badenes Gasset, "Los bienes privativos de los cónyuges ni dan lugar a un determinado régimen económico matrimonial, ni son consecuencia de ninguno en particular. Son simplemente dos masas de bienes que pueden existir dentro de cualquier régimen económico matrimonial." (33)

Es fácil en principio determinar cuáles bienes inmuebles tienen el carácter de propios al celebrarse el matrimonio y durante éste, de acuerdo con saber si fueron adquiridos con anterioridad al matrimonio; pero tratándose de muebles y por la lógica confusión que de ellos se hace, ya en vigencia el matrimonio, no resulta fácil la distinción, pero ello no obsta para que éstos siempre se consideren propios si fueron adquiridos antes de la celebración del matrimonio, puesto que la causa y tiempo de adquisición es

lo que determina que sean tales. Todo lo demás es una cuestión de prueba, pero no de la naturaleza de la propiedad.

Al respecto Lacruz y Albaladejo nos dicen lo siguiente: "Si la interpretación de las reglas del código ofrece escasa dificultad, no así la determinación de los bienes privativos por razón de su inherencia a la persona, y como excepción a las reglas del Código, con cuya estricta aplicación serían bienes comunes." agregan dichos autores, "Junto a este grupo de bienes personalísimos hay otro que debe tener igual tratamiento, a saber, el de aquellas titularidades o atribuciones que se confieren intuitu personae, y cuya colación, aunque no a título gratuito no supone fraude para los derechos de la sociedad legal. Ejemplos de ello por su marcado carácter intuitu personae son: las pensiones, propiedades intelectuales o indemnizaciones por reparaciones de daños a él causados." (34)

Para concluir y resumir todo lo anterior tenemos que, a pesar de la confusión que sufren los bienes al celebrarse el matrimonio, especialmente los muebles, son propios de cada cónyuge y por lo tanto no son comunes, los que cada uno de ellos tenía en su patrimonio al unirse en matrimonio.

#### BIENES ADQUIRIDOS DURANTE EL MATRIMONIO.

Ya hemos visto que los bienes de cualquier clase que sean, introducidos al matrimonio por los cónyuges, siguen siendo de su exclusiva propiedad, no teniendo importancia alguna el título por el cual se hayan adquirido.

Pero en vigencia del matrimonio, el título de la adquisición adquiere importancia decisiva para establecer qué bienes forman parte del haber propio de cada cónyuge.

Se establece la regla general de que los bienes adquiridos por cada

uno de los consortes durante el matrimonio son propios si provienen de herencia, legado o donación (adquiridos a título gratuito); en este aspecto las legislaciones están de acuerdo y no ofrecen discusiones de tipo doctrinal.

A este mismo grupo de bienes adquiridos durante el matrimonio, pertenecen aquellos que ingresen en el patrimonio de los cónyuges amparados por el principio de subrogación real, en virtud del cual "los bienes adquiridos durante el matrimonio, en sustitución de otros bienes que pertenecían privativamente a los cónyuges, adquieren la misma condición de propios..." (35) Es suficientemente claro este otro aspecto: no ofrece contradicción, puesto que no existen motivos para establecer que un bien adquirido con dinero propio de uno de los cónyuges, o con el producto de la venta de un bien privativo, o bien adquirido como producto de una permuta por un bien propio, se le considere común por ese solo hecho; tal cosa no estaría acorde con la realidad y sería muy peligroso. A contrario sensus todos aquellos bienes que sean adquiridos durante el matrimonio y que no se puedan considerar privativos de acuerdo a este sistema, deben ser tenidos por comunes como luego se verá.

#### ACTIVO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Excluidos los bienes propios de cada cónyuge, tenemos que "el patrimonio común lo constituyen las ganancias (collaboratio) conyugales, esto es, lo que el marido o la mujer adquieran durante el matrimonio, salvo que por excepción, se considere como bien aportado de uno de los cónyuges. Pueden ser ganancias las cosas y los derechos, los muebles y los inmuebles. Se convierte en ganancia en lo esencial lo que un cónyuge adquiere por su trabajo, por su industria, o como provecho de su patrimonio." (36)

El concepto anterior de la legislación alemana, contiene en esencia

el mismo principio que sirve de fundamento a las legislaciones que regulan el régimen de gananciales. Lo fundamental es que por regla general, se estima como haber común, las ganancias, sin hacer cuestión de si estas son muebles o inmuebles o derechos de cualquier clase o si provienen del ejercicio de la profesión, trabajo o industria de los cónyuges o como productos de los bienes privativos de éstos. De tal suerte que para la distinción de los bienes comunes, es fundamental destacar cuáles bienes de los cónyuges son propios de cada consorte, porque los demás, salvo excepción, constituyen la masa común.

En términos generales, la distinción acerca de si un bien es propio de cada conyuge o común, no resulta difícil tratándose de inmuebles, tanto por la naturaleza de éstos, como por las formalidades que su adquisición exige (por regla general escritura pública e inscripción en el registro respectivo), de tal modo que si un inmueble fue adquirido con anterioridad al matrimonio no cabe duda acerca de la fecha de su adquisición y la naturaleza, situación, medida y demás elementos distintivos e inequívocos que corrientemente se incluyen en el documento de traspaso, de igual modo ocurre con el inmueble que durante el matrimonio se adquiere por donación, herencia o legado. Difícilmente, podrá haber confusión con esta clase de bienes de igual modo sucede cuando se trata de créditos que a su favor tengan los cónyuges antes de contraer matrimonio o adquiridos durante él a título gratuito, puesto que generalmente aquellos constan en documento fehaciente o por lo menos la prueba de su origen no resulta tan difícil, y por lo tanto el carácter privativo de ellos no se cuestiona con mucha frecuencia. Pero con respecto a los bienes muebles o dineros, la situación no es la misma, la confusión de éstos durante el matrimonio es inevitable y, en general, representa la principal fuente de conflictos al disolverse la comunidad, desde luego si se sigue el sistema de que todos los bienes muebles y dineros que existan en poder de los cónyuges al contraer matrimonio, ingresan a formar parte del activo común, aunque a pesar de ello no dejan de ser bienes privativos.

## BIENES GANANCIALES.

Las diversas legislaciones se encargan, igual que con respecto a los bienes propios de cada cónyuge, de hacer saber qué bienes han de considerarse o estimarse gananciales. Si bien, las legislaciones no hacen una enumeración taxativa de los mismos, por exclusión, al decir la ley cuales son privativos, se deduce que los que no son privativos son gananciales. La ley trata de este modo de evitar, hasta donde sea posible, los problemas que resultan de la confusión que naturalmente se hace de los bienes durante la vida matrimonial, precisamente con la interacción que se da de hecho entre los bienes privativos y los sociales, lo cual, como es natural, resulta prácticamente imposible de evitar.

Para Cano Tello "la atribución de la titularidad de los bienes se realiza en función de distintos criterios: por disposición de la ley, subrogación real, accesoriedad, accesión y autonomía personal. La ley se acoge a estos distintos criterios con el fin de configurar las masas patrimoniales en virtud de los principios de equidad y justicia que deben presidir todo contenido legislativo." (37)

Dentro de este sistema se puede partir de la afirmación que la determinación de los bienes que deben estimarse gananciales se puede hacer mediante una simple afirmación que consiste en decir que son bienes gananciales todos aquellos que no sean de la propiedad exclusiva de uno de los cónyuges.

Es por ello que Cossío citando la legislación española nos dice que se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer y esto lo explica el autor diciendo que se trata de una presunción que pertenece a la categoría de las presunciones iuris tantum, o sea aquellos bienes presuntivamente gananciales que son todos aquellos cuyo origen no puede acreditarse. Pero en sí misma la presunción es suceptible de prueba en contrario

por su misma naturaleza de iuris tantum. (38) De allí que el citado autor diga que incumbe la carga de la prueba a quien niega el carácter de ganancial a un bien determinado; o sea incumbe la prueba al cónyuge que afirma pertenecerle los bienes respecto a los cuales se haya suscitado la controversia. (39)

#### ADMINISTRACION DE LOS BIENES SOCIALES.

Siendo la sociedad de gananciales una de las formas en que pueden estar organizadas gran parte de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges durante el matrimonio, es necesario analizar los poderes y limitaciones que la ley impone a quien ejerce la administración de ese grupo de bienes.

En épocas pasadas, cuando el consenso general estaba de parte de la pérdida de capacidad de la mujer al contraer matrimonio, no había discusión, todos los poderes respecto al manejo de los bienes del grupo familiar correspondían en forma absoluta y sin limitaciones de ningún tipo al marido. Era amo y señor de sus propios bienes, y de los bienes propios de la mujer. Al celebrarse el matrimonio, el varón ipso iure se hacía dueño de todo el patrimonio de la mujer y con ello de la totalidad de los bienes familiares. No existía entonces la posibilidad de que algún tipo de bienes fueran sociales.

Resulta ocioso señalar la desventaja absoluta en que se encontraba la mujer respecto al varón. No había alternativa, el único sujeto capaz en el matrimonio era éste y por consiguiente solo él podía disponer a su antojo de los bienes familiares. Estos poderes ilimitados del marido, no en todas las oportunidades redundaban en perjuicio del bienestar de la familia; piénsese en un esposo responsable, diligente y emprendedor; en

este caso, los beneficios para el grupo familiar eran una realidad palpable, pero, ¿qué ocurría cuando el varón era exactamente lo contrario, a saber, irresponsable y negligente?. La respuesta se sobreentiende.

En esa época, en que lo normal era la incapacidad de la mujer y el poder absoluto del marido, no tendría sentido hablar de regímenes matrimoniales y menos aún de la sociedad de gananciales, la cual, en nuestro criterio, tiene su fundamento en la igualdad entre los cónyuges. De manera que no fue sino hasta que los diversos ordenamientos jurídicos fueron reconociendo cada vez más la capacidad de la mujer y sus derechos respecto a los bienes del matrimonio, en que comienza a tener importancia también los regímenes matrimoniales y con éstos, los poderes absolutos del marido comienzan asimismo a sufrir graves limitaciones, hasta llegar en tiempos modernos a desaparecer por completo,° al menos muy restringido para situar a la mujer en un plano más justo de igualdad que en justicia se viene reclamando hace mucho tiempo. Es comprensible que los regímenes matrimoniales, especialmente los comunales, se iniciaran con limitaciones tímidas respecto de los poderes del marido, pero, poco a poco, estos fueron cambiando hasta en muchos casos llegar a constituir verdaderos obstáculos que pretenden hacer de los regímenes matrimoniales verdaderas fuentes de igualdad entre marido y mujer.

La doctrina reconoce en nuestros días la existencia de diversos sistemas en orden a la administración de la sociedad de gananciales. El profesor Renauld -citado por Cano Tello- distingue entre los siguientes: el de gestión conjunta que exige el consentimiento de ambos cónyuges para la validez de cualquier acto; el de gestión concurrente, según el cual cada uno de los cónyuges puede administrar por sí solo la sociedad, y el de gestión individual, que atribuye el poder de gestión a uno de los cónyuges, de modo centralizado, si uno de los cónyuges por sí solo administra todos los bienes comunes y de modo descentralizado si cada cónyuge administra cierta clase de bienes comunes. (40.)

Todos los regímenes matrimoniales dedican mucha atención al aspecto administrativo, desde el régimen de la separación absoluta de bienes, en cuyo caso la administración corresponde a cada cónyuge, hasta los sistemas más comunales que requieren un mayor cuidado en la regulación de los poderes y limitaciones de quien ejerce la administración del patrimonio común. Desde este punto de vista, no cabe la menor duda que la comunidad de gananciales, como una de las formas más complejas, requiere especial atención en este sentido y las legislaciones efectivamente le han dado mucha importancia a su administración.

#### ADMINISTRACION DE LOS BIENES SOCIALES POR EL MARIDO.

La regla general, tal vez por una razón puramente histórica y no por reconocimiento de mayor capacidad, es que al marido es a quien se le ha atribuido la administración de los bienes sociales y solamente por excepción, corresponde a la mujer.

"La sociedad de gananciales, como toda sociedad, exige una dirección y administración. En la sociedad de gananciales y , en general, en las comunidades matrimoniales de bienes, la gestión puede ser atribuida a uno de los cónyuges, generalmente al marido, como ha sido norma tradicional (sistema de la unidad de administración o de administración marital), o a ambos esposos (sistema de administración diárquica o de administración por ambos cónyuges)". (41)

De manera, pues, que la administración de la sociedad de gananciales por el marido es el sistema más común y sus facultades pueden ir desde los poderes más amplios, hasta los más restringidos, depende de cada legislación. Algunas, las menos, dan al marido poder absoluto de administración y disposición en diversos grados hasta llegar a dejarlo como simple



administrador, requiriéndose el consentimiento de la esposa para todo acto de disposición. También encontramos legislaciones, propias de los estados comunistas, en que la administración de los bienes sociales y todo acto de disposición corresponde a ambos cónyuges conjuntamente. Esta modalidad pertenece a legislaciones que se inspiran en el principio de la igualdad jurídica de los cónyuges.

Sin embargo, por regla general, los poderes del marido respecto a la administración de los bienes se encuentran muy limitados, precisamente para salvaguardar los intereses de la mujer y con ellos el bienestar de la familia. Enneccerus-Kipp-Wolff, comentando la legislación alemana, a este respecto nos dicen: "El patrimonio común recibe el mismo trato que en la comunidad general de bienes. Es patrimonio común de los cónyuges, sus participaciones están unidas en mano común; la administración corresponde, en principio, al marido, pero necesita el asentimiento de la mujer para disponer sobre fincas, para hacer donaciones y para contratar transmisiones..." (42)

En general, creemos que las limitaciones impuestas al marido como administrador de los bienes sociales se refieren a los bienes inmuebles, tal circunstancia se comprende fácilmente por la dificultad que implica imponer trabas a la disposición de los bienes muebles.

Es importante en este punto hacer notar que todos los obstáculos impuestos a los poderes del administrador, redundan en beneficio de la mujer y es en su provecho y de la familia por cuyo motivo se han establecido.

Sin embargo recordemos que la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde modernamente a los dos cónyuges, aunque para casos por ejemplo de imposibilidad de uno de ellos, o abandono de la familia, o si existiere separación de hecho, es aplicable lo dicho anteriormente; en consecuencia lo que se dijo para el marido que administra también es aplicable para el caso en que sea la mujer la administradora.

## DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Por regla general, la sociedad de gananciales se disuelve con la disolución del vínculo matrimonial. Nunca podrá ser después de que ello ocurra, pero si puede ser antes. Este último caso se refiere especialmente a la posibilidad que generalmente se otorga a la mujer para pedir la separación de bienes durante el matrimonio, cuando la mala administración de su marido haga peligrar los intereses que pudiera tener la esposa en la repartición final.

De tal suerte que pueden ser diversas las causas que dan como resultado la disolución de la sociedad de gananciales, pero la más corriente y general es la disolución del vínculo. Con respecto a la fecha a partir de la cual se entiende disuelta la comunidad, Castán Tobeñas, refiere: "Cuando la causa de ella es la muerte, no cabe duda que la fecha de ésta es la que señala la disolución de la sociedad. Si se trata de declaración de fallecimiento del ausente, el momento de la disolución es aquel en que dicha declaración señale como fecha de muerte... En los casos de nulidad entendemos que el momento será... el de la declaración de aquella por sentencia firme. Y en los casos de interdicción, ausencia o separación personal... el de la resolución judicial en que se decreta la separación de bienes..." (43)

No requiere mayor comentario la fecha a partir de la cual se estima disuelta la sociedad.

Seguidamente de fijar la fecha de la disolución de la comunidad, procede su liquidación. Esta es la operación de mayor dificultad respecto de los bienes, todo depende de la clase y cantidad de bienes que posea la sociedad, y de las normas que las diversas legislaciones han establecido como base de la liquidación, algunas de las cuales ofrecen claridad y precisión, en cambio otras no cuentan con ese privilegio. También la liquidación se complicará o se facilitará según que los cónyuges hayan sido

cuidadosos al momento de hacer cualquier transacción con sus bienes y hayan observado las prescripciones legales correspondientes respecto a la prueba del origen y naturaleza de aquellas o si por el contrario, la administración y disposición de los haberes ha sido desordenada y sin ninguna precaución.

Respecto a este asunto, Castán Tobeñas afirma: "La liquidación de la sociedad de gananciales, como la de cualquier otra sociedad, ha de ir seguida de una serie de operaciones encaminadas a separar los bienes del matrimonio de los privativos de cada cónyuge, determinar si han existido o no ganacias, y distribuir éstas, en su caso, entre los partícipes. Este conjunto de operaciones se designa con el nombre de liquidación de la sociedad de gananciales." (44)

Por su parte, Sánchez Román, citado por Cossío, dice que "bajo el nombre de liquidación de la sociedad de gananciales, se comprenden todas las operaciones necesarias para determinar si existen o no gananciales y su distribución por mitad entre ambos cónyuges, previas las deducciones y reintegros a cada uno de ellos de los bienes de su pertenencia particular, así como de las responsabilidades que fueren imputables al acervo común." (45) No es entonces una operación sencilla la liquidación de la sociedad y, por lo tanto, en muchas ocasiones, ésta es fuente de largos debates judiciales. Entran en juego aquí importantes instituciones jurídicas cuyo comentario ya se ha hecho con anterioridad: la presunción legal de que tal o cual grupo de bienes es común; la presunción asimismo de que determinadas deudas son de la sociedad, etc.

Por fin, una vez establecido con precisión el remanente -si lo hay- de los bienes que pueden considerarse como gananciales, y como lógica consecuencia del régimen, éstos se repartirán por partes iguales entre los cónyuges o entre los herederos de éstos.

## BIENES RESERVADOS DE LA MUJER.

En virtud de que muchas veces, la administración de los bienes comunes y de los bienes propios de la mujer ha correspondido de hecho, o por lo general al marido, se ha creado en favor de aquella la institución de los bienes reservados.

Estos no son otra cosa que aquellos que la mujer adquiere durante el matrimonio con su trabajo separado del de su marido y que ella administra libremente, a pesar de que estos bienes forma parte del haber social. De manera que la única diferencia esencial es en cuanto a la administración y con respecto a las obligaciones que la mujer adquiriera en el ejercicio de su trabajo, profesión o industria.

Estos bienes reservados sin embargo, constituyen un grupo perfectamente diferenciable del resto de los bienes tanto propios como sociales.

Al respecto, los autores Ennecerus-Kipp-Wolff y Lehmann nos dicen que los bienes reservados están constituidos por el patrimonio de la mujer no sujeto a la administración y al disfrute del marido. Los bienes reservados adquieren esta condición en virtud de la ley, en virtud de negocio jurídico o en virtud de subrogación. En virtud de la ley, son bienes reservados los objetos destinados exclusivamente al uso personal de la mujer (vestidos, alhajas, etc). Las cosas sólo son bienes reservados si sirven al uso exclusivo de la mujer. Por tanto no cabe considerar bienes reservados todas las cosas de uso doméstico. Otros bienes reservados son las ganancias del trabajo de la mujer (por ejemplo si la mujer es cantante o escritora) y los que la mujer adquiriera durante el matrimonio por la explotación independiente de un negocio (mujer empresaria). Por último los bienes reservados en virtud de subrogación. La ley alemana emplea aquí una formula amplia y tripartita de subrogación. a) Los que la mujer adquiere en base a un derecho que tenga la categoría de bien reservado (Ej. los frutos de una cosa o de un derecho). b). Los que la mujer adquiere en concepto

de indemnización por la destrucción, daño o privación de un objeto reservado (por eje. las pretensiones de seguro), y c) Lo que la mujer adquiere en virtud de negocio jurídico relativo a bienes reservados (Eje. arrendamiento de un bien reservado). (46)

Lehmann nos resume diciendo: "Constituyen los bienes reservados el patrimonio libre de la mujer , sujeto a su propia administración y disfrute independiente." (47)

Pues bien, la institución de los bienes reservados tiene importancia en cuanto que la mujer, en forma libre, pueda dedicarse al ejercicio de una profesión, industria o trabajo independientemente del que ejerza su marido y que además se encuentre casada bajo el régimen de sociedad de gananciales, porque si lo estuviera bajo el sistema de la separación de bienes, tampoco tendría importancia la referida institución. En Chile, por ejemplo, sólo puede darse coincidiendo con el sistema legal de comunidad y siempre que la mujer ejerza una profesión, oficio o industria o desempeñe algún empleo separado de los de su marido. (48)

Modernamente se observa en muchas legislaciones la tendencia a reservar a la mujer el producto íntegro de su trabajo, mediante la institución de que hablamos, que tiende a asegurar dentro del matrimonio su autonomía personal. (49)

Si bien es cierto, que la institución de los bienes reservados no existe en la mayoría de las legislaciones no por ello dejamos de ver que se trata de una institución muy importante y que puede ser de gran utilidad a la mujer. De allí podemos concluir con la opinión de Serlooten al respecto, cuando dice: "La libre percepción y utilización de las ganancias y salarios está legalmente conforme con la dignidad del trabajador, como simple justicia y como buena política económica que los frutos del trabajador (ar) le reviertan personalmente." (50)

## NOTAS.

### CAPITULO II

- 1- CASTAN TOBENAS, J. Op. cit. Pág. 279
- 2- LACRUZ y SANCHO REBULLIDO. Op. cit. Pág. 275
- 3- VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. Régimen Económico del Matrimonio. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.1982 Pág. 14
- 4- VAZQUEZ IRUZUBIETA, C. Op. cit. Pág 15
- 5- ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo IV, Vol. I, Bosch, Barcelona.1979 Pág. 425
- 6- RUGGIERO, R. Op. cit. pág. 163
- 7- MANRESA Y NAVARRO, José María. Comentarios al Código Civil Español. Tomo IX. Sexta Edición. Reus S.A. Madrid. 1969 Págs. 13 y 14
- 8- DIEZ PICAZO. Op. cit. Pág. 175
- 9- COLIN Y CAPITANT. Op. cit. Pág. 8
- 10- BRENES CORDOBA, Alberto. Tratado de las personas. Editorial Costa Rica. San José. 1974 Pág. 148
- 11- DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Editorial Porrúa S.A. México.1978 Pág 217
- 12- DIEZ PICAZO. Op. cit. Págs. 175 y 176
- 13- MANRESA Y NAVARRO. Op. cit. Pág. 14
- 14- NART, Ignacio. El Régimen Matrimonial de Separación de Bienes. Revista de Derecho Privado. Madrid. enero-diciembre 1951. Pág. 35
- 15- GARRIDO DE PALMA, Víctor. El Matrimonio y sus Regímenes Económicos. Revista de Derecho Privado. Mayo 1979. Pág. 417
- 16- Comentarios Al Código Civil y Compilaciones Forales. Comentados por DE LOS MOZOS, José Luis. Editorial Revista de Derecho Privado. Gráficas Nova S.A. 1978. Pág. 9
- 17- MAZEAUD. Op. cit. Pág. 71
- 18- DIEZ PICAZO. Op. cit. Pág. 176

- 19- CARBONIER, Jean. Derecho Civil. Situaciones Familiares y cuasi-familiares. Tomo I, Vol. II. Bosch. Barcelona. 1960 Pág. 116
- 20- DIAZ ALABART, Silvia. "Modificabilidad del Régimen de Separación de Bienes impuesto por la Ley a los esposos que se casaron contraviniendo las prohibiciones del artículo 45 del Código Civil" Revista de Derecho Privado. Año 1976. Junio.
- 21- CLEMENTE DE DIEGO / Felipe. Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo II Derecho de Obligaciones-Contratos-Derecho de Familia. Artes Gráficas Julio San Martín. Madrid 1959. Págs. 570y 571
- 22- DIEZ PICAZO. Op. cit. pág. 177
- 23- PUIG BRUTAU, José. Op. cit. Pág. 808
- 24- NART, Ignacio. Op. cit. Pág. 32
- 25- CASTAN TOBENAS. Op. cit. Pág. 71
- 26- VAZ FERREIRA, Eduardo. Tratado de la Sociedad Conyugal. Tomo I. 3ª Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1979. Pág. 9
- 27- JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Tomo III, Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1951. Pág. 10
- 28- ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil Español. Vol. IV. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1981. Pág. 207
- 29- COSSIO y CORRAL, Alfonso. La Sociedad de Gananciales. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Tomo 50, Vol. I, Pág. 5 (Cita de Sánchez Román)
- 30- CASTAN TOBENAS. Op. cit. Pág. 340 (Cita de Manresa)
- 31- CASTAN TOBENAS. Op. cit. Pág. 337
- 32- PUIG BRUTAU, J. Op. cit. Pág. 547
- 33- BADENES GASSET, Ramón. Conceptos Fundamentales de Derecho. Las Relaciones Jurídicas Patrimoniales. 3ª edición actualizada. Editores Boixareu. Barcelona. 1977. Pág. 273
- 34- LACRUZ y ALBALADEJO. Op. cit. Pág. 505
- 35- CASTAN TOBENAS. Op. cit. Pág. 354

- 36- ENNECCERUS- KIPP- WOLFF. (Edición de 1957) Op. cit. pág. 456
- 37- CANO TELLO, Celestino A. La Nueva Regulación de la Sociedad de Gananciales. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1981. Pág. 45
- 38- COSSIO Y CORRAL, Alfonso. Instituciones de Derecho Civil 2. Editorial Alianza. Madrid. 1975. Pág. 781
- 39- COSSIO Y CORRAL, A. (La Sociedad de Gananciales) Op. cit. Págs. 48 y 49
- 40- CANO TELLO, C. Op. cit. Pág. 22 (Cita que hace del profesor Renauld tomada de "Los Regimenes Matrimoniaux" Bruxelles 1966. Pág. 115)
- 41- CASTAN TOBENAS. Op. Cit. Pág. 379
- 42- ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. Op. cit. Pág. 457 (Edición 1947)
- 43- CASTAN TOBENAS. Op. cit. Pág. 440
- 44- CASTAN TOBENAS. Op. cit. Págs. 440-441
- 45- COSSIO Y CORRAL. (La Sociedad de Gananciales). Op. cit. Pág. 254 (cita que hace de Sánchez Román)
- 46- ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. Op. cit. Pág. 331 y LEHMANN, Henrich. Derecho de Familia. Efectos Patrimoniales del Matrimonio. Volumen IV. Editorial Revista de Derecho Privado. 1953. Págs. 137 a 141
- 47- LEHMANN. Op. cit. Pág. 136
- 48- SIMO SANTOJA, V. Op. cit. Pág. 114
- 49- COSSIO Y CORRAL (La Sociedad de Gananciales) Op. cit. Pág. 64
- 50- SERLOOTEN, Patrik. Les Biens Réservés. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. Paris. 1973. Pág. 8



### CAPITULO III

### CAPITULO III

#### CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

##### Concepto y Naturaleza Jurídica.

El concepto de "Capitulaciones Matrimoniales" o "Contrato de Matrimonio" es dado en doctrina y por la ley para definir en qué consiste dicha figura, variando de acuerdo a la regulación que del mismo se hace, de esta manera se permite en ciertas legislaciones su modificación u otorgamiento durante el matrimonio, en otras por el contrario, es llevada a cabo antes de la celebración del matrimonio; con lo que desde ahora se advierte la existencia de diversas modalidades en su normación.

Lo que es importante y que por lo general se da en las legislaciones es que "al lado del régimen legal hay un régimen convencional de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Estos pueden consecuentemente apartarse de la reglamentación legal disciplinando para el futuro de la propia actividad económica en el seno de la familia, mediante el convenio de Capitulaciones." (1) O sea, es el derecho el que brinda a los interesados la posibilidad de que ellos mismos establezcan y estructuren mediante este contrato, el sistema que juzguen más adecuado para regular sus relaciones patrimoniales.

Al respecto, Albaladejo García, define las Capitulaciones como el contrato que regula el régimen económico del matrimonio. (2) Casi en igual sentido Vaz Ferreira las define como la Convención <sup>(x)</sup> por la cual los futuros cónyuges determinan su régimen matrimonial. (3)

---

(x) En cuanto a la posibilidad de cambio de nombre de "Capitulaciones" por el de "Convenciones" Fueyo Lanieri nos dice refiriéndose a la Legislación Chilena: "El nombre primitivo de las Capitulaciones Matrimoniales estaba bien mientras los pactos pertinentes se realizaban antes del matrimonio; puesto que capitular contiene el matiz de concretación previa para algo. Pero al modificarse el art. 1723, situado dentro de esa materia de las

Por su parte, Espín Canovas agrega que pueden definirse las capitulaciones matrimoniales como el convenio en el que los futuros o actuales cónyuges estipulan las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros. (4)

Sin embargo, es de hacer notar que el concepto de capitulaciones matrimoniales y la naturaleza de éstas, se encuentran íntimamente ligados, porque depende de la conclusión a que se llegue con respecto a la segunda, que se podrá intentar una definición más o menos acertada del primero.

Castán Tobeñas nos indica que "en el derecho histórico Español, podrían definirse las capitulaciones como la Convención celebrada en atención a determinado matrimonio, por celebrar o ya celebrado, con el fin principal de fijar el régimen a que deben sujetarse los bienes del mismo." (5)

La anterior definición y todas cuantas puedan darse de lo que debe entenderse por capitulaciones matrimoniales y como sucede amenudo con la mayor parte de las definiciones, éstas no comprenden por lo general una visión precisa de lo que se trata de definir. Sin embargo, comprendiendo esta limitación de las definiciones y ya que para el caso concreto cualquiera es aceptable no vamos ni a criticar ni a decir cual de ellas es mejor, además de que todas se parecen mucho.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las capitulaciones matrimoniales, sí ha sido objeto de mucha discusión y son variadas las opiniones de los autores.

Para Fueyo Lanieri, la capitulación es una convención en sentido amplio y, por consiguiente, de mayor extensión que el contrato, tomado éste en el sentido tradicional de exclusivamente creador de derechos y obligaciones.

---

Capitulaciones, para permitirse el pacto de separación total de bienes durante el matrimonio; se estimó más apropiada la expresión "Convenciones Matrimoniales, que es más amplia. (Op. cit. Pág. 9)

Así mientras sería contrato cuando el marido se compromete a entregar a la mujer una determinada suma de dinero, o bien una pensión periódica, disponiendo libremente ella en ambos casos, o bien se pacta una promesa de donación; sería en cambio una convención amplia cuando se hace renuncia a los gananciales por la mujer, o bien, se pacta separación de bienes. Que dado aún el caso de consistir las convenciones matrimoniales en simples declaraciones, como cuando se limita a inventariar los bienes que se aportan por cada uno, como manera de obtener una prueba preconstituida que más tarde facilitará la liquidación de la sociedad conyugal.(6)

Para Bonet las capitulaciones se tratan más bien de una especie de "acto reglamentario", cuya finalidad es la de instituir un estatuto, más bien que la de crear obligaciones entre las partes; como los contratos ordinarios (7) Pues, según él, se trata de un acto esencialmente complejo, y de gran amplitud, ya en cuanto al tiempo en que se hace sentir su acción, no sólo durante el matrimonio, sino a su disolución; ya en cuanto al espacio, pues además de los esposos quedan ligados por la carta matrimonial también los terceros; ya en cuanto a su objeto, capaz de comprender negocios jurídicos que no tengan relación directa con el matrimonio futuro.

En cuanto al hecho de que se le considere un contrato, debe tomarse en cuenta que el mismo es un acuerdo entre dos o más partes para programar efectos jurídicos de carácter patrimonial y tradicionalmente la doctrina les concede eficacia típica constitutiva, extintiva o modificativa de relaciones jurídicas patrimoniales (8), con lo que en nuestro criterio no existiría impedimento para nominar contrato a las capitulaciones matrimoniales.

Por otra parte, algunos califican las capitulaciones como un contrato condicional, pues estiman que están sometidas a la condición suspensiva de la celebración del matrimonio, puesto que el contrato no surtirá efecto alguno sino a partir del momento en que tenga lugar este acontecimiento, pero se critica este concepto diciendo que los efectos de un contrato so-

metido a condición suspensiva, se retrotraen a la fecha de celebración del convenio al cumplirse la condición y tal cosa no ocurre tratándose de las capitulaciones cuyos efectos, como se repite, por lo general comienzan en la misma fecha de celebrarse el matrimonio y no antes.

Para Castán Tobeñas, no se trata de una verdadera condición, sino de una condicio iuris, sin que sea objeción decisiva la de que la doctrina de la retroactividad no puede aplicarse siempre a tal condición, pues no es esencial a la condición suspensiva con una determinación del tiempo. (9)

Otros opinan que las capitulaciones constituyen un contrato sometido a un plazo, pero ello tampoco es correcto -se objeta-, porque el plazo es cierto y se sabe de antemano la fecha del cumplimiento, entre tanto, y a pesar de que las capitulaciones generalmente se estipulan con anterioridad al matrimonio, no puede saberse con certeza si éste tendrá lugar o no. Además se podrían otorgar las capitulaciones durante el matrimonio (tal y como lo autorizan muchas legislaciones entre ellas la de Costa Rica), lo cual no nos permitiría hablar de contrato sometido a plazo.

Se dice también que las capitulaciones constituyen un contrato accesorio del acto principal que es el matrimonio, de tal suerte que si éste no llega a realizarse, tales convenciones por ese solo hecho quedan sin ningún efecto. Sin embargo, en las capitulaciones hay cláusulas cuya subsistencia no está subordinada a la celebración del matrimonio. Dentro de ésta cláusulas que no están subordinadas a la celebración del matrimonio, tenemos que tener en cuenta la posibilidad de que <sup>en</sup> el contrato de capitulaciones se pueden incluir convenciones muy variadas, incluso independientemente del aspecto puramente patrimonial, como sería el caso del reconocimiento de un hijo (que es el ejemplo más empleado por los autores); El efecto de las capitulaciones con relación a éste último acto, si conserva su validez y eficacia aunque el matrimonio no llegue a celebrarse, por la sencilla razón de que tal reconocimiento constituye un acto separado y principal, con respecto a la regulación de las relaciones patrimonia-

les entre los cónyuges que es el objeto esencial de las capitulaciones cuyos efectos siguen sujetos al acto de celebración del matrimonio.

Entre los que dicen que se trata de un contrato accesorio se encuentran Galindo Garfías y Ruiz Serramalera para quienes es accesorio puesto que no puede existir por sí mismo, por depender de un contrato principal: el matrimonio. (10)

Otra opinión es la de Sánchez Román que nos dice "que las capitulaciones matrimoniales revisten un aspecto contractual más en la forma que en el fondo, puesto que las obligaciones que contienen son consecuencia de un orden general de derecho preestablecido para el matrimonio y una vez que no pueden celebrar capitulaciones todos los que quieran, sino sólo los que se van a casar, ni aquellas tienen eficacia y cumplimiento sino a partir de la celebración del matrimonio." (11)

Por el contrario Ruggiero, a diferencia de otros autores que sostienen que las Capitulaciones son un contrato, nos dice "la convención matrimonial no debe ser considerada como un contrato ni puede equipararse a los demás negocios que tienen un contenido patrimonial y persigue fines meramente individuales. En fin, aún tratándose de una regulación patrimonial, supera los fines egoísticos de quien celebra un contrato ordinario." (12)

Como conclusión al discutido tema de la naturaleza jurídica de las capitulaciones matrimoniales y refiriéndonos a la legislación costarricense pensamos que las capitulaciones pueden ser vistas como un negocio jurídico bilateral, celebrado entre los futuros esposos, o bien entre los mismos cónyuges; que a su vez es regido por la libertad de contratación (ya que afecta a sus propios y exclusivos intereses), con la sola limitación que establece el artículo 631 del Código Civil -que habla de la ineficacia de las obligaciones que tengan por objeto cosas o actos contrarios a la ley o a las buenas costumbres-, y que es destinado a regular el régimen económico de la relación matrimonial mientras esta subsista.

## IMPORTANCIA DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Si la norma general fuera la de que los cónyuges estipularan siempre una convención matrimonial, por medio de la cual se regulara en forma rigurosa, clara y precisa todas las relaciones patrimoniales durante el matrimonio, ello sería el remedio a la mayor parte de los graves y largos debates judiciales suscitados generalmente al momento de la disolución del vínculo en lo concerniente a la liquidación de los bienes.

Pero, como sabemos, la convención matrimonial constituye la excepción, a pesar de que, por regla general, las legislaciones permiten de diversos modos que los cónyuges elijan libremente el régimen matrimonial que estimen más oportuno y conveniente de acuerdo con su condición socio-económica, ya sea regulando en el Código varios sistemas, dentro de los cuales puede escogerse uno determinado o hacer una combinación de ellos, o bien, dejando en entera libertad a los esposos para que estipulen la convención que juzguen oportuna, con la única limitación general de que sus cláusulas no pueden contravenir la ley, el orden público, ni las buenas costumbres. Nada hay más puesto en razón que sean los mismos cónyuges quienes decidan libremente los derechos y obligaciones de cada uno de ellos con respecto a los bienes del matrimonio, tanto durante la vigencia de éste como especialmente a la disolución del vínculo.

A pesar de esa amplísima libertad que muchas legislaciones ponen en manos de los cónyuges -que no es el caso de Costa Rica-, éstos, por regla general, se olvidan de las capitulaciones o no saben que éstas existen, y es por este motivo que siempre se establece en los códigos un régimen legal supletorio, el cual va a regular la mayor parte de las relaciones patrimoniales entre los esposos que no estipularon convenciones, y precisamente por la ausencia de éstas, es que el régimen más común es el legal y es también por esta circunstancia, que se dedican capítulos completos a la regulación pormenorizada de ese régimen, tratando en lo posi-

ble que las diferentes normas sea claras y precisas.

Por ejemplo, si tomamos el caso de Costa Rica -aunque luego lo analizaremos con detalle-, vemos que las capitulaciones matrimoniales están reguladas en tres artículos (Arts. 37, 38 y 39), cosa insuficiente para regular un asunto tan delicado; ello nos lleva a pensar que en Costa Rica propiamente no se ha llegado a regular en forma rigurosa, precisa y clara sobre capitulaciones, sino que el Código de Familia se limitó a nombrarlas y a darlas como una opción sin preocuparse mucho de ellas; lo cual hace pensar que el legislador costarricense le restó importancia a las capitulaciones y a la posibilidad que éstas daban para regular un régimen económico del matrimonio.

No hay la menor duda de que por este camino se ha abandonado o relegado a un segundo plano la importancia de las capitulaciones, cuando en realidad se trata de un convenio de muchísima importancia. Así lo destaca Castán Tobeñas, al afirmar que "La importancia del contrato de capitulaciones matrimoniales se infiere de la importancia misma que tiene el régimen patrimonial de la sociedad conyugal, al cual están ligados una porción de intereses muy delicados, a saber: Los derechos de los esposos sobre sus bienes respectivos, y en especial los derechos de la mujer sobre su propio patrimonio (necesitado de una protección especial); los derechos sobre las ganancias realizadas por ellos durante su unión, los intereses de los hijos y de la familia, los intereses de los terceros que contraten con uno u otro de los esposos y, en definitiva, el interés económico y social, muy afectado por la solución que se dé a los problemas que el régimen patrimonial lleva consigo." (13).



## CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Por regla general -como ya hemos visto-, las legislaciones dejan en entera libertad a los cónyuges para que regulen sus relaciones patrimoniales de la forma que lo estimen más conveniente según sus respectivos intereses, e incluso aquellas que regulan uno o más sistemas dentro de los cuales los interesados pueden elegir uno en particular, permiten la combinación de ellos. Y todavía más, no se objeta que en la convención matrimonial se estipulen otros acuerdos independientemente del aspecto puramente patrimonial. "La libertad de pacto en las capitulaciones no tiene más límite que el no poder estipularse nada contrario a las leyes o a las buenas costumbres ni a los fines del matrimonio." (14) Esto tiene su fundamento en nuestro criterio en el concepto o en el principio de la autonomía privada, considerado como soporte indispensable para el adecuado funcionamiento del estado de derecho, en cuanto se refiere a la libertad jurídica del ciudadano para arreglar sus intereses particulares en la forma en que mejor le convenga. (En relación con el tema V. a Cancino (15))

El Código Civil Español -por ejemplo- reconoce a los contrayentes la posibilidad de determinar por sí mismos, antes o después de celebrado el matrimonio, su régimen de bienes, mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, previniendo un régimen supletorio si no lo hacen... Esto supone que se reconocen a los que se unen en matrimonio, la libertad de pacto para establecer el régimen de bienes, o para modificarlo después de celebrado el matrimonio, bien que al tiempo de la celebración no hayan estipulado capitulaciones, sin otras limitaciones que las señaladas en el mismo código. (16)

Sin embargo el objeto específico de las capitulaciones es la determinación del régimen patrimonial de los cónyuges, la regulación de sus intereses pecuniarios, sea por el tiempo de duración del matrimonio, sea por el de su disolución. Al respecto ver a Vaz Ferreira, Lete del Río y Caperochipi. (17)

Hemos escogido algunos ejemplos de los regímenes convencionales o capitulaciones matrimoniales, con el fin de esbozar algunos lineamientos generales, así como para aclarar las posibles diferencias y las posibles semejanzas en unos y otros.

En primer término, existen algunos países que restringen más el otorgamiento de las capitulaciones, entre los que tenemos, por ejemplo, la legislación familiar Guatemalteca en donde se estatuye que las mismas son obligatorias en los casos enumerados por el artículo 118 que dice: "Cuando alguno de los contrayentes tenga bienes cuyo valor llegue a los dos mil quetzales (que equivale más o menos a 220.000 Pts), si alguno de ellos ejerce profesión, arte u oficio, que le produzca renta o emolumento que exceda de doscientos quetzales mensuales, si alguno tuviera en administración bienes de menores o incapacitados que estén bajo su patria potestad, tutela o guarda, y si la mujer fuera guatemalteca y el varón extranjero o guatemalteco naturalizado."

La legislación chilena estatuye que las capitulaciones matrimoniales que se celebren en el acto del matrimonio sólo podrá pactarse la separación total de bienes (art. 1715-2º). Más adelante, señala esta legislación que no deben contener estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes, ni ir en detrimento de los derechos y obligaciones señalados por la ley a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes; o contrarias a la vigencia de la sociedad conyugal. En otras palabras no es lícito consignar enumeraciones generalmente enunciativas que contravengan lo anteriormente dicho; como sería, por ejemplo, el caso de un pareja de cónyuges que acuerden que no están obligados a vivir juntos; o que no existe entre ellos el deber de fidelidad, de socorro mutuo o que uno o ambos renuncian a la acción de nulidad de matrimonio o la de divorcio o separación, etc. En Costa Rica no existe ninguna norma o artículo que nos diga cuál debe ser el contenido de las capitulaciones, pero tampoco es lícito consignar enumeraciones dentro de las capitulaciones que contravengan los fines del matrimonio; esto en base al artículo 12 del Código de Familia que dice "Toda condición contraria a los fines del matrimonio es nula"; y al artículo 631 del Código Civil que nos habla de la ineficacia

de las obligaciones que tengan por objeto cosa o acto contrario a la ley y a las buenas costumbres.

Existen otras legislaciones que dejan en manos de los interesados una mayor amplitud a la hora de celebrar las capitulaciones por ejemplo el caso de Colombia donde las únicas limitaciones son: que no se opongan a las buenas costumbres ni a las leyes, con lo cual vemos mucha flexibilidad al no existir otras prohibiciones que no sean esas. (arts. 1771 y 1773 del Código Civil de Colombia).

Para Branca las capitulaciones "no pueden contener derogaciones, ni siquiera parciales a los derechos y deberes que por ley son consecuencia del matrimonio". (18) y pone por ejemplo el derecho a la asistencia; tampoco se puede limitar a un mero reenvío a normas que no se refieran a los cónyuges o a costumbres, sino que deben contener un reglamento concreto de las relaciones patrimoniales.

Y Fueyo Lanieri dice que dentro del contenido de las capitulaciones hay tres tipos de estipulaciones que son prohibidas y que son:

- 1- Estipulaciones contrarias a las leyes y a las buenas costumbres.  
Pone por ejemplo, la renuncia de la mujer a pedir el divorcio, o a pedir la separación anticipada de bienes.
- 2- Estipulaciones en detrimento de los derechos y obligaciones de los cónyuges. Por ejemplo el hecho de que no se puede renunciar en las capitulaciones a la potestad marital, o al deber de alimentos.
- 3- Estipulaciones en detrimento de los derechos y obligaciones de los descendientes comunes. El ejemplo es que no se puede renunciar al derecho de corregir y castigar moderadamente a los hijos. (19)

Pero en términos generales, y para resumir, los códigos, sea que contengan una enumeración de pactos permitidos y convenios prohibidos o que se omita esa enumeración, todos sientan el principio de limitación a la libertad de pacto para que las capitulaciones no puedan contener acuerdos contrarios -a lo que anteriormente se dijo- a la ley, la moral o las buenas costumbres.

## CAPACIDAD PARA ESTIPULAR LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

El consenso es general tanto en la doctrina como en las diversas legislaciones respecto a la capacidad para estipular las convenciones matrimoniales.

Sea cual sea la forma y requisitos que legalmente se establezcan para que un matrimonio pueda celebrarse válidamente, se sienta el principio de que la persona hábil para casarse, lo es también para estipular las capitulaciones matrimoniales, (*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.*)

Sin embargo, -advierte Lacruz-, este axioma no debe tomarse al pie de la letra pues hay personas capaces de contraer matrimonio válido, y que no pueden capitular válidamente sin asentimiento de otras, o bien personas que por el momento no pueden casarse entre sí, pero sí capitular. (20)

Para Puig Brutau, la capacidad para otorgar capitulaciones queda determinada por la posibilidad de contraer matrimonio, y agrega, "los futuros cónyuges son los únicos que pueden ser partes, en la determinación del régimen matrimonial de bienes. Los que sólo concurren para completar la capacidad de los otorgantes no pueden ser equiparados a éstos, aunque su presencia sea también necesaria en un posterior otorgamiento que modifique el ya convenido." (21)

Anotan también los autores Lacruz y Albaladejo que en "Los derechos latinos, la capitulación, en cuanto a los novios, es un acto personalísimo: si bien ningún precepto lo declara expresamente, ello se deduce del hecho de concederse al menor capacidad para otorgar por sí los capítulos, excluyendo la sustitución por el representante legal, y en general de la naturaleza familiar de estos pactos y su accesoriedad al matrimonio. Lo único admisible es la aducción de un *nuntius*, que concorra en nombre de uno de los contrayentes, pero no para pactar a su arbitrio las condiciones económicas del matrimonio, sino exclusivamente para anunciar la voluntad ya

fehacientemente expresada por su principal." (22)

Ahora bien, en relación a ~~los menores~~ y demás incapaces que puedan contraer matrimonio, se requiere una integración de su capacidad por su propio representante legal o por alguna otra persona. En el caso del menor, necesitará el consentimiento y el concurso de sus padres o tutor -como ya se analizará luego cuando se hable de las capitulaciones del menor de edad en Costa Rica- (arts. 38 y 162 del Código de Familia). En España sería en base al artículo 1329 del C.C. Español, Ref. 1981. Y en el caso del incapaz judicialmente declarado, se necesitará la asistencia de su representante legal (art. 217 del Código de Familia de Costa Rica), en España sería en base al art. 1330 del C.C.E. 1981.

Al respecto, Albaladejo dice que "tratándose de incapacitado, por locura o interdicción civil, la intervención del tutor será necesaria siempre; mientras que si se trata de incapacitado por sordomudez o prodigalidad, podrá serlo o no, según lo haya dispuesto la sentencia incapacitadora." (23)

Creemos que en este punto, es recomendable que intervega un órgano contralor -como existe en algunas legislaciones-, además de los padres, el tutor, o el representante legal, como podría ser un Tribunal u otra institución similar, a efecto de resguardar los intereses de ese menor o incapaz que capitula; y así brindarle mayor seguridad.

Otro punto que es el problema de la representación, y que como ya vimos es necesaria para el caso de que existan de por medio menores o incapaces, se podría presentar si a uno de los cónyuges se le ocurre mandar a un representante para que estipule las capitulaciones, pues como ya vimos algunos autores como Lacruz y Albaladejo opinan que es un acto personalísimo; sin embargo Vázquez Iruzubieta opina que "la intervención de los cónyuges o los esponsales puede llevarse a cabo en forma personal o por medio de representante. La ley no lo aclara, pero surge la interpretación sistemática de la ley, ya que si el código autoriza el matrimonio a distan-

cia o por poder (art.55 C.C.E.), y aún la prestación del consentimiento ante juez encargado de Registro distinto al del domicilio donde el matrimonio ha de celebrarse (art. 57 C.C.E.), nada impide a que un acto menos trascendental y accesorio del otro requiera más requisitos y formalidades que el principal." (24)

En Costa Rica creemos que sería posible que uno o los dos novios o cónyuges manden un representante para que estipule las capitulaciones por ellos; ya que no hay norma que lo prohíba, y además que los anteriores argumentos también se podrían aplicar si se diera el caso.

#### OPORTUNIDAD E INVARIABILIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

La oportunidad en que se deben estipular las capitulaciones está intimamente ligada a la invariabilidad de éstas. La generalidad de los códigos latinos, sólo permiten que las convenciones sean hechas con anterioridad al matrimonio y también sus modificaciones. De tal suerte, que durante la unión matrimonial, no es posible modificar las capitulaciones y muchos menos estipularlas. Ultimamente esto está cambiando.

Otras legislaciones, a pesar de que no permiten que las convenciones sean hechas luego de celebrado el matrimonio (Código Civil de Costa Rica de 1888), establecen la posibilidad de que puedan ser modificadas pero con restricciones: estipulan ciertas medidas de precaución en interés especialmente de los terceros y dentro de ellas, por ejemplo, que el convenio que altere las capitulaciones originales, debe ser suscrito por las mismas partes que intervinieron en éste o bien, sus representantes legales, deberá asimismo llenarse todos los requisitos de forma que se exigen para ello, o sea, hacerse en escritura pública, someterse a publicidad, etc.

Algunos Códigos, por ejemplo (x), el de España y el mismo Código de Familia vigente de Costa Rica, permiten que las capitulaciones puedan ser estipuladas durante el matrimonio, y desde luego, con mayor razón podrán los cónyuges modificarlas, pero tal modificación, para que afecte a terceros, desde luego debe llenar los mismos requisitos del contrato original.

En favor de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales durante el matrimonio y de que éstas sólo pueden estipularse antes de la celebración de aquél, se han dado varias razones: es necesario, se dice, "garantizar la libertad del consentimiento que durante el matrimonio podría no existir, por la excesiva influencia y aún coacción que el cónyuge más fuerte o más hábil ejerciera sobre el débil". Y además, también debe tomarse en consideración "el interés de los terceros, que quieren conocer el régimen de bienes aceptado por los cónyuges", pero existen también opiniones contrarias a tal planteamiento: "Las influencias del fuerte sobre el débil son inevitables en la vida y el derecho nunca podría salvarlas, pero pueden remediarse en algo con la intervención aprobatoria de las autoridades titulares como se exige en Suiza. En cuanto al perjuicio de los terceros, puede evitarse fácilmente estableciendo un Registro especial de contratos matrimoniales, como el que instituyen los Códigos Suizo y Alemán." (25)

Otro autor, al comentar el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales y explicando qué se ha entendido por tal, advierte: "Las razones que sirven de base a este principio y que lo han hecho surgir son la necesidad de evitar que durante el matrimonio uno de los cónyuges abuse del afecto y de la confianza del otro para cambiar o desha-

---

(x) También en: México, Dinamarca, Suecia, Suiza, Alemania, Polonia, Formosa Noruega, Finlandia, Madagascar, Escocia, etc.

cer las convenciones que han sido libremente pactadas antes de la celebración del matrimonio y esto con eventual daño del otro cónyuge o también de toda la familia y al mismo tiempo también la necesidad de tutelar el interés de los terceros..." (26)

La generalidad de los argumentos que se esgrimen para mantener la prohibición de estipular las convenciones matrimoniales durante el matrimonio, se concretan en dos aspectos esenciales que como bien sintetiza Bonet son "la garantía del consentimiento libre de los interesados, y la del conocimiento del contrato por los terceros". (27) En otras palabras evitar la influencia que durante la vida matrimonial pueda ejercer un cónyuge sobre la voluntad del otro y salvaguardar el interés de los terceros. Sin embargo tales argumentaciones tienden a perder actualidad y las nuevas legislaciones o las reformas que se hacen a las vigentes tienden a cambiar este criterio respecto a la inmutabilidad; por ejemplo, ya en Francia, advierten los autores Mazaud "la comisión de reforma del Código Civil proponen conservar el principio, pero con una importante restricción: cuando todas las personas que han concurrido a la convención matrimonial estén de acuerdo, el Tribunal puede homologar las modificaciones pedidas, si las estima favorables al interés de la familia; la sentencia no será oponible a tercero más que cuando haya sido mencionada al margen de la partida de matrimonio. Esa solución es atinada, porque tiene en cuenta los intereses en juego." (28)

Para Vaz Ferreira "La inmutabilidad no siempre es conforme a los intereses de los esposos. Estos han podido equivocarse sobre sus verdaderos intereses. Además el régimen establecido, satisfactorio en su origen, puede no responder más adelante a la situación del hogar a causa especialmente de un cambio de profesión o modificaciones importantes en las fortunas." (29)

El recelo del legislador al impedir que las capitulaciones matrimoniales sean hechas durante el matrimonio o modificadas las que se estipularon antes, ha sido esencialmente en provecho de la mujer quien sufría antigua-



mente una capitis diminutio al contraer matrimonio y contra los poderes muchas veces omnímodos del marido en cuanto a la administración y disposición de los bienes del matrimonio, en cuyo caso si se justifican aquellas limitaciones. Pero conforme los derechos y capacidad de la mujer han ido reconociéndose en la misma medida en que van desapareciendo los poderes del marido, hasta llegar al concepto moderno de colocar a ambos esposos en un plano de igualdad, ya no se justifica la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales ni la prohibición de que éstas puedan ser estipuladas durante la permanencia del vínculo.

No es dudoso suponer que la apatía de los futuros esposos respecto a la estipulación de capitulaciones matrimoniales, con los respectivos perjuicios y dificultades que ello trae consigo, haya sido motivada en gran parte por aquellas, al permitir que las convenciones matrimoniales puedan ser estipuladas y modificadas incluso durante la vida matrimonial, con la única limitación de que tratándose de la modificación y cuando hayan menores en la familia -al menos en el caso de Costa Rica, art.39 del Código de Familia-, se requiere la autorización del Tribunal.

También es de estricta necesidad, mantener el principio por el cual las modificaciones deben ser hechas observando las mismas solemnidades y publicidad que el convenio original, en resguardo del interés de los esposos y especialmente de los terceros que contratan con ellos.

## FORMA Y PUBLICIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Ya se examinó la importancia que tienen las capitulaciones y se dijo también que éstas, cuando se estipulan en forma correcta, clara y precisa, constituyen un valioso medio de evitar los frecuentes problemas que se pueden suscitar cuando el matrimonio está vigente y especialmente a la disolución de éste respecto a los bienes. Por este motivo, se impone, por regla general, que tales convenciones se estipulen en escritura pública.

Sin embargo, no faltan las excepciones como el caso previsto en la legislación chilena Código Civil de Chile, art. 1715-2º), en donde los contrayentes, sin necesidad de escritura pública, pueden convenir en el acto de celebrarse el matrimonio, que se casan bajo el régimen de la separación total de bienes, excluyendo de este modo la sociedad de gananciales que es el sistema legal supletorio. Pero obsérvese que tal convenio es el más simple de todos y por lo mismo basta la manifestación de voluntad de los cónyuges para que se permita adoptar uno de los regímenes previstos como alternativa en la legislación chilena.

Excepto esos casos especiales, la norma general es que las capitulaciones sólo por escritura pública se pueden estipular, lo cual constituye un requisito en esencia, puesto que cualquier otro modo escogido al efecto, conlleva la ineficacia del pacto.

Por otra parte la publicidad aparece como necesaria o muy conveniente para dar a conocer el régimen, legal o convencional, bajo el que vive cada matrimonio; pero de manera especial cuando los cónyuges alteran el régimen legal, esto es, cuando otorgan capitulaciones o modifican las otorgadas. (30)

En cuanto a la forma -nos dice Martínez Castro- "estas convenciones deben ser hechas en escritura pública. La ley exige este requisito en bien de los terceros y en bien de los mismos contratantes porque un documento privado se puede romper y hacerlo mañana de otra manera y si los

cónyuges se pusieran de acuerdo para decir que ese era el positivo (con fecha anterior) bastaría. Una escritura pública no se puede antedatar porque las escrituras están en orden cronológico en el protocolo. Estando en escritura pública se sabe si fué hecha antes o después del matrimonio por que tiene fecha cierta." (31)

La escritura pública, como requisito esencial de las convenciones matrimoniales, es una garantía especial para los cónyuges, pero tratándose de un convenio que puede afectar intereses de los terceros que contraten con uno u otro consorte, también se exige la publicidad para enterar a aquellos de todas las estipulaciones que eventualmente los puedan perjudicar.

"Dada su importancia y su gravedad, ese contrato se otorga obligatoriamente ante un notario y la partida de matrimonio menciona la existencia o la ausencia de contrato, a fin de que los terceros estén advertidos." (32)

Por su parte Vázquez Iruzubieta nos dice que la razón de que las capitulaciones se otorguen en escritura pública es muy simple pues con ellas se "otorga credibilidad al acto, le da fecha cierta, se posibilita la supervisión de un técnico del derecho y se da seguridad (aunque relativa) a los terceros. También se ha argumentado a favor de la escritura pública que no corre riesgo de su destrucción y de la imposibilidad de ser cambiada." (33)

Al respecto Lacruz opina que "desde el momento en que del régimen económico matrimonial depende la calificación de los bienes ulteriormente adquiridos por los esposos, y la responsabilidad, tanto de esos bienes como de los aportados al matrimonio frente a los terceros, el conocimiento de tal régimen es, evidentemente de gran importancia. Importancia, desde luego, para dichos terceros, expuestos a sufrir las consecuencias de unos capítulos matrimoniales o de una situación anormal de los cónyuges que desconocen, pero igualmente para los propios esposos cuyo crédito depende en parte del régimen económico que hayan adoptado." (34)

También Soto Bisquert, mantiene criterio similar al afirmar que, fundamentalmente, el conocimiento del régimen existente en un determinado matrimonio interesa a los terceros. Dado que la gran parte de las legislaciones acogen un sistema de libertad para el establecimiento por los esposos de su régimen de bienes, fijando el sistema legal sólo como supletorio, los terceros no pueden conocer, con el simple conocimiento de la ley, el estatuto económico que rige en el matrimonio con el que va a entablar o han entablado relaciones patrimoniales." (35)

No hay duda pues, que la publicidad de las convenciones matrimoniales, es un elemento de suma importancia, especialmente para que el contenido de éstas pueda ser opuesto legítimamente a terceros. Esta publicidad puede ser de diverso modo; en algunos países existe un registro de capitulaciones (Alemania Y Suiza por ejemplo, organizan un registro de bienes del matrimonio o de regímenes matrimoniales, al que tienen acceso los contratos matrimoniales y sus modificaciones); en otros se anotan en la inscripción del matrimonio, o bien en el registro público de la propiedad -tal es el caso de Costa Rica, como luego se verá-; y para el caso de comerciantes en el Registro Mercantil.

## NOTAS.

### CAPITULO III

- 1- BRANCA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Privado. Editorial Porrúa S.A. México 1978. Pág. 134
- 2- ALBALADEJO GARCIA, Manuel. Manual de Derecho de Familia y Sucesiones. Librería Bosch. Barcelona 1974. Pág. 79
- 3- VAZ FERREIRA. Op. cit. Pág. 159
- 4- ESPIN CANOVAS. Op. cit. Pág. 79
- 5- CASTAN TOBENAS. Op. cit. Pág. 192
- 6- FUEYO LANIERI. Op. cit. Pág. 14
- 7- BONET RAMON, Francisco. Compendio de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo IV. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1960. Pág. 193
- 8- PEREZ VARGAS, Víctor y CERTAD MAROTO, Gastón. Estudios sobre el negocio jurídico. Agosto de 1978. Facultad de Derecho. San José- Costa Rica Pág. 35
- 9- CASTAN TOBENAS. Op. cit. Pág. 301
- 10- GALINDO GARCIA, I. Op. cit. Pág. 563 y RUIS SARRAMALERA, Ricardo. Derecho de Familia. Realigraf S.A. Madrid 1980. Pág. 185
- 11- SANCHEZ ROMAN, Felipe. Estudios de Derecho Civil. Tomo V. Vol. I Derecho de Familia. Tipografía Sucesores de Rivadeneyra. Madrid 1912 Pág. 557
- 12- RUGGIERO. Op. cit. Pág. 782
- 13- CASTAN TOBENAS. Op. cit. Págs. 298 y 299
- 14- BADENES GASSET, R. Op. cit. Pág. 269
- 15- CANCINO, Fernando. Estudios de Derecho Privado. Editorial Temis. Bogotá. 1979. Pág. 21
- 16- Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Op. cit. Pág. 29
- 17- VAZ FERREIRA. Op. Cit. Pág. 160 y LETE DEL RIO y ALVAREZ CAPEPOCHI-PI. Notas sobre mutabilidad del Régimen económico matrimonial en derecho común. Rev. de Derecho Privado. Marzo 1977. Pág. 181

- 18-BRANCA, Giuseppe. Op. cit. Pág. 135
- 19- FUEYO LANIERI. Op. cit. Pág. 20
- 20- LACRUZ- ALBALADEJO. El matrimonio y su economía. Op. cit. Pág. 279
- 21- PUIG BRUTAU. Op. cit. Págs. 400 a 402
- 22- LACRUZ-ALBALADEJO. Op. cit. Pág. 278
- 23- ALBALADEJO. Op. cit. Págs. 80-81
- 24- VAZQUEZ IRUZUBIETA. Op. cit. Pág. 109
- 25- CASTAN TOBENAS. Op. cit. Pág. 304
- 26- GANGI, C. Derecho Matrimonial. Aguilar. Madrid. 1960. Pág. 290
- 27- BONET RAMON. Op. cit. Pág. 199
- 28- MAZEAUD. Op. cit. Pág. 58
- 29- VAZ FERREIRA. Op. cit. Pág. 200
- 30- PUIG BRUTAU. Op. cit. Pág. 386
- 31- MARTINEZ CASTRO, J.A.. Nociones de Derecho Civil. Personas y Familia.  
Restoy y Doeste Editores. Buenos Aires. 1927. Pág. 97
- 32- MAZEAUD. Op. cit. Pág. 58
- 33- VAZQUEZ IRUZUBIETA. Op. cit. Pág. 103
- 34- LACRUZ BERDEJO. Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral. Revista Crítica de Derecho Inmoviliario. Sep-oct. 1963  
Madrid. Pág. 593
- 35- SOTO BISQUERT, Antonio. La Publicidad del Régimen Matrimonial de Bienes.  
Revista de Derecho Privado. Nº 51. Madrid 1967. Pág. 512.

#### CAPITULO IV

## CAPITULO IV

### EL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN COSTA RICA.

#### Generalidades.

Luego del estudio que se ha hecho en algunas legislaciones y el análisis de los sistemas más característicos dentro de los cuales los esposos pueden regular todo lo concerniente a la propiedad, disfrute, administración y disposición de los bienes durante el matrimonio y de las reglas por las cuales se procederá a su liquidación al disolverse el vínculo matrimonial, analizamos el régimen costarricense, el cual llama la atención por varias razones:

En primer lugar, se sigue en Costa Rica, como en la generalidad de las legislaciones extranjeras, el principio de permitir la libertad contractual entre los cónyuges, quienes dentro de esa libertad pueden, a través de las capitulaciones matrimoniales, regular, conforme lo estimen conveniente, todo lo relativo a la propiedad, disfrute, administración y disposición de los bienes que aporten al matrimonio y los que adquieran durante él por cualquier título, así como el destino que tendrán al disolverse el vínculo. En este aspecto, nuestra legislación está conforme con otras legislaciones avanzadas en este campo e, incluso, es anterior a muchas de ellas, ya que tal régimen ha sido tradicional en el ordenamiento jurídico costarricense.

En segundo lugar, causa extrañeza que, mientras la mayoría de los códigos extranjeros dedican muchos artículos y hasta capítulos enteros a la regulación de uno o varios regímenes supletorios, dentro de los cuales los cónyuges pueden elegir uno en especial, combinar varios de ellos, o bien, omitir convenio al respecto, en cuyo caso quedan sometidos al régimen legal; pero en Costa Rica, el Código de Familia vigente e incluso el



Código Civil de 1888, derogado en esta materia por el primero, contiene únicamente dos artículos, relativamente cortos, que constituyen la base de todo el régimen patrimonial del matrimonio para el caso de que los esposos se hayan casado sin estipular capitulaciones matrimoniales; o sea, esos dos artículos constituyen el sistema legal supletorio, el cual, en la práctica, es el sistema más generalizado, puesto que los contratos de matrimonio, tal y como sucede en la mayor parte de los países son la excepción.

Ahora bien, después de haber examinado en capítulos anteriores las características más generales de algunos de los principales regímenes matrimoniales, surge a nuestra mente esta pregunta: ¿en cuál de ellos podríamos enmarcar el sistema legal supletorio costarricense?

Dispone el artículo 40 del Código de Familia de Costa Rica.

"Si no hubiere capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros."

Este sistema no es otro que el llamado en doctrina régimen de separación absoluta de bienes, cuyos lineamientos generales ya se expusieron con anterioridad, pero con una especial diferencia: La separación absoluta de bienes, instituida en algunos países como régimen legal supletorio y en la mayoría de las legislaciones como sistema optativo, rige tanto durante la vida matrimonial como una vez disuelto el vínculo. En otras palabras, la disolución del matrimonio en nada altera la separación de los bienes, éstos continúan bajo el dominio de su propietario sin que el divorcio, o la separación en su caso, altere, o de alguna forma modifique la propiedad, el goce, la administración o la disposición de los bienes.

Otra cosa muy diferente ocurre en el ordenamiento jurídico costarricense respecto a la separación absoluta de bienes, cuando se disuelve el

vínculo matrimonial o se declara la separación judicial; esa separación de bienes deja de ser absoluta para convertirse en relativa, porque la separación puede continuar disuelto el vínculo o decreta la separación judicial, únicamente, por acuerdo de los cónyuges, o bien, con respecto a ciertos bienes que de acuerdo con la ley, han sido siempre propiedad exclusiva de uno de los consortes y a ello se refiere el artículo 41 del Código de Familia, el cual, después de considerar comunes los bienes existentes en poder de los consortes al disolverse el matrimonio, o al declararse la separación, exceptúa los siguientes:

- a) Los que fueron introducidos al matrimonio o adquiridos durante él por título gratuito o causa aleatoria.
- b) Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales.
- c) Cuando la causa o título de su adquisición precedió al matrimonio.
- d) Si se tratare de bienes muebles o inmuebles, que fueren debidamente subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges ... y
- e) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges.

De esta forma, la separación absoluta de bienes que durante el matrimonio no ofrece dificultad, toda vez que no se hace diferencia de ninguna naturaleza respecto de los bienes que cada cónyuge tenga bajo su poder y dominio, (ya sean éstos muebles o inmuebles o derechos de cualquier clase), con la disolución del matrimonio, ipso iure se produce una confusión de patrimonios que en muchas ocasiones sólo después de largos y controvertidos juicios judiciales se llega a determinar cuáles bienes siguen perteneciendo en forma exclusiva a cada cónyuge y cuáles constituyen el acervo común.

De manera que, además de que el legislador costarricense no intenta ni siquiera un determinado nombre para el régimen patrimonial del matrimonio, lo cual, de todas formas sería una labor muy difícil por la especial configuración que se le ha dado al sistema, tampoco dice cuáles bienes, en

definitiva, deben considerarse comunes. Es decir, se determinan aquellos bienes que constituyen el remanente, después de determinar cuáles son de exclusiva propiedad de cada uno de los cónyuges. Por exclusión, pues, se llega a resolver el problema.

En resumen no se puede incluir el régimen patrimonial del matrimonio costarricense dentro de los sistemas básicos tradicionales, y de los cuales se han dado a conocer algunas generalidades en capítulos anteriores. Del régimen dotal está tan lejos que sería infúctoso buscar similitudes de importancia y que ameriten comentario.

En consecuencia, no es aventurada la afirmación de que nuestro legislador no tuvo presente el régimen dotal, más que, como referencia histórica, pero nunca como punto de partida o sistema básico del régimen escogido para Costa Rica. Y esto parece ser la decisión más acertada por los inconvenientes que ofrece este régimen en la época moderna. Ya suprimido en muchas legislaciones y que conforme se van desarrollando los países se deroga el régimen de la dote. España lo hizo en 1981.

Sin embargo cabe hacer una observación; en el Código General de Costa Rica de 1841, en el Libro III, Título V, artículos 975 a 1000, se regulaba el régimen dotal el cual, carecía de la amplitud y riqueza de detalles pero sigue los linamientos generales y más característicos del mencionado régimen. El legislador que elaboró el Código Civil de 1888 tomó algunas ideas básicas de la sociedad conyugal. Y también, reguló del artículo 970 al 974 del mismo Libro y Título del Código General de 1841, especialmente el concepto de gananciales, que ya comienza a conocerse tal y como lo entendemos hoy día.

Con los regímenes de la separación absoluta y con la llamada sociedad de gananciales, sí tiene el sistema costarricense muchos aspectos en común, especialmente con este último. Con respecto al primero, ya hemos dicho, que nuestro legislador lo escogió para que rigiera las relaciones patrimoniales entre los cónyuges durante la vida matrimonial, y el segundo

fue elegido por exclusión para solucionar los problemas que surgen, casi siempre al momento de disolverse el matrimonio o al declararse la separación judicial; así, el concepto "gananciales", que en forma detallada se destaca en la sociedad de gananciales, es perfectamente aplicable a todos aquellos bienes que, por exclusión, se refutan comunes, de acuerdo con el artículo 41 del Código de Familia y los demás bienes a que se refieren los incisos a), b), c), d) y e) de esa misma disposición legal, los cuales, por su naturaleza no pueden entenderse como gananciales por cuanto no han sido ganados con la cooperación y esfuerzo comunes de los cónyuges y, por lo mismo, se excluyen de la presunción de comunidad, (no contemplada en la legislación costarricense). Corresponden muy bien a los que, en la sociedad de gananciales, se denominan bienes propios de cada uno de los cónyuges, de cuya clasificación ya se habló anteriormente.

Con fundamento en lo expuesto, puede intentarse la afirmación de que el legislador costarricense, al regular el régimen patrimonial del matrimonio en ausencia de capitulaciones, aunque lo hizo en dos únicos artículos, se inspiró básicamente en los regímenes de la separación y en el de la sociedad de gananciales, formulando una hábil combinación de ambos: uno para que presidiera la organización patrimonial durante el matrimonio y otro, para que, con una vida efímera, regulara esas mismas relaciones de tipo patrimonial una vez disuelto el vínculo, y, única y exclusivamente, para sentar las bases de la liquidación final.

Por ese motivo, se dice que "El sistema implantado en nuestro país por la legislación de 1888 es mixto". (1)

Manresa y Navarro nos comenta al respecto: "Costa Rica. Influida esta República, así como algunas otras de la América Central, a un mismo tiempo por el derecho español (en el que es tradicional la sociedad de gananciales) y por el norteamericano (favorable a la separación de bienes), llega a una solución un tanto ecléctica y confusa." (2)

Este régimen costarricense tan especial, tiene un origen desconocido

dentro de la doctrina general de derecho. Castán Tobeñas, refiriéndose a este sistema, advierte: "Parece que tuvo su origen en el antiguo derecho consuetudinario húngaro." (3)

Por nuestra parte, y con el fin de tratar de establecer la fuente que sirvió de base a este régimen para su implantación en el Código Civil de 1888 y de las actas suministradas por el Archivo Nacional, llegamos a la conclusión que el código fue redactado por una comisión especial nombrada por el presidente de la República de aquellas épocas Don Bernardo Soto, en cuyo trabajo y actas de discusión no se encuentra dato alguno que haga referencia al antiguo derecho consuetudinario húngaro. Es más, dado el lugar y las limitaciones que existían en esa época, dudamos que nuestros legisladores hayan tenido referencias del mismo.

Fue el propio Poder Ejecutivo que por esos tiempo contaba con poderes omnímodos concedidos por la Asamblea Legislativa, el que, mediante el decreto de veintiseis de abril de 1886, emitió el Código, el cual, fue puesto en vigencia a partir del primero de enero de 1888 por Decreto Legislativo número 3 de fecha 12 de diciembre de 1887. Infortunadamente tampoco se encuentran actas de la Asamblea, en las cuales pueda encontrarse la fuente que sirvió al legislador de modelo para la redacción de los dos artículos que regulan el régimen patrimonial del matrimonio de Costa Rica en los finales del siglo pasado. Puede aventurarse la hipótesis de que la *suis-generis* combinación de los regímenes tradicionales de la separación de bienes con la sociedad de gananciales, tal y como se estipula en los artículos 76 y 77 del Código Civil de 1888, fue producto del trabajo intelectual de quienes tuvieron a su cargo la redacción de ese cuerpo de leyes, tomando claro está, como modelos, los dos sistemas tradicionales a que se ha hecho referencia, los cuales, ya se encontraban en otras legislaciones.

Otro autor que nos comenta el tema es Scaevola que nos dice lo siguiente: "Muy parco se nos muestra este Código -se refiere al de 1888- en materia de regulación del régimen económico matrimonial, ya que los escasos artícu-

los que a ello dedica se ubican dentro del epígrafe de Efectos del Matrimonio, donde se incluyen igualmente los puramente personales.

Se mantiene, en general, un principio de separación de bienes, aludiéndose de manera indirecta el excepcional sistema de gananciales, deducido de una simple presunción.

Cabe, empero, como en la generalidad de los Códigos, la libertad de estipulación, con referencia a las capitulaciones matrimoniales, a cuya normativa se preordena el artículo 75, que contiene la ~~permisión~~ legal y su régimen de perfección." (4)

Por otra parte, también puede afirmarse que Costa Rica fué el primer país en regular un sistema patrimonial semejante elevándolo a Ley de la República en el Código Civil de 1888, es decir, con mucha anterioridad a otros países, que cuentan con un régimen similar.

A este respecto, es muy interesante la cita que de ese asunto hace Castán Tobeñas, dice este autor: " Este sistema conocido por distinto nombres (régimen de Derecho Matrimonial, de Comunidad Diferida, de Comunidad Póstuma, etc.), hoy, se designan abreviadamente con la denominación de Sistema de Participación. Parece que tuvo su origen en el antiguo Derecho consuetudinario húngaro y actualmente ha penetrado en las legislaciones de los países nórdicos (Regímenes de Participación Unive\_rsal: Ley Sueca de 11 de junio de 1920, Ley Danesa de 18 de marzo de 1925, Ley Noruega de 1927, Ley Finesa de 13 de junio de 1929), y de ciertas naciones hispanoamericanas (Régimen de Participación en los Gananciales: Costa Rica, arts. 76 y 77 del Código Civil de 1888; Colombia, Ley de 17 de noviembre de 1932; Uruguay, Ley de 18 de setiembre de 1946; etc.)." (5)

Además de la interesante cita que Castán Tobeñas hace de los artículos 76 y 77 del Código Civil de 1888 de Costa Rica, al referirse a los demás países que cuentan con un ~~régimen~~ similar al nuestro, deja clara y definitivamente, establecida la primacía que el legislador costarricense tuvo con respecto a las demás legislaciones.

También es acertada la denominación que el citado autor le da al sistema, llamándolo: "régimen de participación en los gananciales", lo cual ofrece una idea más exacta de lo que el legislador quiso dar a entender al redactar los dos artículos a que se ha hecho referencia, desechándose, por impropios, los otros calificativos que se le han dado, especialmente el de sociedad de gananciales, porque, como hemos visto, el régimen costarricense, a pesar de que toma como base esta institución, lo hace una vez disuelto el vínculo matrimonial, o declarada la separación judicial, ya que durante la vida conyugal es otro el régimen, totalmente diferente, opuesto a la comunidad de gananciales. Por consiguiente, no existe entre los cónyuges ninguna clase de comunidad de bienes.

#### CODIGO GENERAL DE 1841.

Con la promulgación del Código General de 1841, en la administración de Don Braulio Carrillo, comenzó en Costa Rica el verdadero régimen jurídico propio, iniciándose así la evolución de la legislación sobre derecho de familia y, por ende, de las relaciones patrimoniales entre esposos.

Antes de esto, como en toda América Latina, Costa Rica no tenía derecho privado propio y pasaron varios años antes de que esto fuera una realidad. Antes de 1824, prácticamente no hubo un cuerpo legislador permanente, y luego, cuando este se organizó, se ocupó, únicamente, de ir dictando leyes sueltas e imprescindibles dada la necesidad que las promovía. En consecuencia, el país se siguió rigiendo por la legislación colonial existente, por ejemplo, la recopilación de Indias, las Siete Partidas, El Fuero Juzgo, la Nueva y Novísima Recopilación.

Ahora bien, siendo Don Braulio Carrillo Jefe de Estado, se emprendió la elaboración de este Código (1841) llamado General, ya que legislaba

sobre materia Civil, Penal y Procedimental, teniendo el privilegio de ser uno de los primeros de América Latina. Se confeccionó con base en Códigos extranjeros, colaborando el jurista salvadoreño Isidro Méndez, y muy especialmente la obra personal de Carrillo en la elaboración de dicho código. La parte civil tiene raíces en el Código Civil Francés, omitiéndose en algunas materias, como matrimonio y divorcio, pues, en esos casos, se siguió el Derecho Canónico. (6)

Este Código contenía varias disposiciones sobre la dote, la cual no tuvo arraigo en nuestro medio. Además revelaba una concepción de familia patriarcal, así, el artículo 135 establecía que la mujer no podía dar, enajenar, hipotecar ni adquirir por título gratuito u oneroso, sin la concurrencia del marido al acto, o sin su consentimiento o ratificación posterior por escrito. Como podemos notar, imperaba la potestad marital, en las relaciones patrimoniales conyugales. Toda esta manera de analizar las cosas se vino a cambiar con el código de 1888.

#### CODIGO CIVIL DE 1888.

Este Código Civil se emitió en 1887 y entró en vigencia el 1º de enero de 1888, el mismo fué emitido por el Poder Ejecutivo en la Administración de Don Bernardo Soto, que gozaba de poderes omnímodos concedidos al efecto por la Asamblea Legislativa, y luego se ratificó por el Congreso.

El Código, como la mayoría de los Códigos Civiles Latinoamericanos promulgados en el siglo pasado, tiene sus fundamentos en el Código Civil Francés de 1808. Pero, además, el código civil costarricense, tiene un vínculo más directo con el proyecto de Código Civil Español, que se promulgó después que el de Costa Rica. Se incorporaron al Código la Ley Hipotecaria de 1865 y la de Sucesiones de 1881, y se siguió en muchos aspectos



el Cour de Droit Civil Français de Aubry y Rau. (7)

Si se toma en cuenta que se promulgó a finales del siglo pasado, y en un país latinoamericano, en materia de familia fue bastante avanzado.

Scaevola comentándonos algunos aspectos de este código en materia de familia nos dice: "También autoriza el artículo 78 la contratación entre los esposos agregando que la mujer no necesita autorización del marido ni del Juez para contratar, ni comparecer en juicio, marcándose, al respecto, una norma de derecho transitorio, en el sentido de que esta disposición se entiende aplicable a los matrimonio contraídos bajo el régimen de la legislación anterior." (8)

Decíamos que esta legislación era bastante avanzada para su época puesto que reconocía a la mujer capacidad jurídica, y la autorizaba para la libre administración de sus bienes; y además consagró la posibilidad de decretar el divorcio con disolución del vínculo, instituciones estas que han costado mucho alcanzar a otros países.

## CODIGO DE FAMILIA DE 1973.

### Generalidades.

En Costa Rica llegó un momento en que se sintió la necesidad de crear una legislación referente a las relaciones familiares. Durante los años 1968 y 1969 la Asamblea Legislativa integró una comisión con carácter mixto, compuesta por Diputados y personas entendidas en la materia. La misma fué creada con el objeto de elaborar un ante-proyecto del Código.

La aceptación de la autonomía del Derecho de Familia y la decisión de redactar un código, y no una reforma al Código Civil, estaba presente en la comisión. Hubo para ello consideraciones de simple técnica legislativa,

como la imposibilidad de mantener un número igual de artículos al Libro I del Código Civil. Pero la comisión redactora aceptó el criterio de que el Derecho de Familia es una disciplina, en la cual, el espíritu de lucro juega un papel secundario, y son de mayor importancia la protección de los hijos, el mantenimiento de la familia y el desarrollo de las relaciones entre sus miembros en un plano de igualdad y mutuo respeto.

La comisión redactora es responsable de la versión inicial del Código de Familia, pero ésta fué objeto de modificaciones de forma y fondo, como resultado de la actividad del Primer Congreso Jurídico Nacional.

La promulgación de este Código se hizo bajo la Administración de Don Daniel Oduber, mediante el artículo 1º de la Ley Nº 7476 del 21 de diciembre de 1973, publicado en el alcance Nº 20 a la Gaceta Nº 24 de 5 de febrero de 1974. Por mandato del artículo 5 de la citada Ley entró en vigor seis meses después de su publicación, o sea, el 5 de agosto de 1974. Después de esto, sucedieron varias reformas en los años 1976 y 1977.

Este Código vino a derogar y a modificar varias leyes que regulaban Instituciones del Derecho de Familia (algunos artículos del Código de Procedimientos Civiles, de la Ley de Pensiones Alimenticias, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, Ley de Adopción), pero, especialmente, derogó del artículo 62 al 231 del Código Civil de 1888, y dentro de éstos, todas las disposiciones referentes al Régimen Patrimonial de la Familia, el cual quedó agrupado en el Capítulo VI del Título I de ese cuerpo legal, precisamente con esa misma denominación.

El Código de Familia Costarricense, siguió asimismo, con relación al Régimen Patrimonial de la Familia, la misma trayectoria de la mayoría de las legislaciones que incluyen dentro de ese régimen, únicamente lo relativo a las capitulaciones matrimoniales, el régimen patrimonial del matrimonio y el patrimonio familiar, pero como ya hemos examinado, el régimen patrimonial de la familia comprende asimismo otros importantísimos rubros, tales como las prestaciones de alimentos surgidas del vínculo matri-

monial y los lazos de familia; la administración de los bienes de los hijos menores sometidos a patria potestad, de los incapaces sujetos a tutela o curatela, de los hijos adoptivos; se examina asimismo la capacidad contractual limitada entre los padres y tutores con sus pupilos e hijos, etc.

La legislación costarricense permite que cuando los cónyuges se rigen por el sistema de separación de bienes (que se puede establecer convencionalmente) o bien en base al régimen supletorio de participación en los gananciales; la autonomía patrimonial de la mujer es prácticamente absoluta, sin perjuicio de que su estado de casada le imponga la obligación de contribuir al sostenimiento del hogar conyugal y al alimento y educación de los hijos. Es por ello que "no se puede desconocer que la desigualdad jurídica entre el hombre y la mujer, residuo de la vieja doctrina de la "imbecilitas sexus", era insostenible. Los tiempos nuevos han elevado la condición social y cultural de la mujer. La mujer moderna, trabaja, lee, se interesa por los problemas sociales, científicos y políticos, ha dejado de ser en suma, salvo en círculos cada vez más minoritarios, un objeto de lujo o un ser exclusivamente dedicado a las tareas domésticas. Para bien o para mal la mujer casada ha alcanzado de hecho una independencia que el derecho no podía desconocer." (9)

Pero volviendo al tema, puede decirse, que el capítulo correspondiente del Código de Familia denominado "Del Régimen Patrimonial de la Familia", no incluye, dentro de tal concepto, todos los aspectos que comprende el régimen, dejando para otros capítulos las demás instituciones, lo cual, parece lo más acertado en beneficio de una mayor claridad y armonía muy necesarias en la redacción de un código especializado. Por tal motivo, creemos, debió de usarse otra terminología, por ejemplo, "Del Régimen Patrimonial del Matrimonio", concepto que ofrece una idea más precisa en nuestro criterio de lo que se regula en el citado capítulo. (Capítulo VI del Título I del Código de Familia.)

Sin embargo, el cambio de terminología como el propuesto, se enfrenta a la grave dificultad de que, dentro del mismo Capítulo VI a que se ha hecho referencia, se incluyen seis artículos que regulan la institución del Patrimonio Familiar, materia que, modernamente, ha agrupado gran número de conceptos muy especializados dentro del Derecho de Familia Patrimonial, y que ha merecido un tratamiento doctrinario especial.

De todo esto se desprende que, sin romper la armonía que es imperativo mantener al redactar un código, el Patrimonio Familiar debería contar con todo un capítulo dedicado a él. Tal y como se hace con los alimentos, la administración de la tutela, curatela y otras figuras jurídicas, que, (aunque deberían comprenderse dentro del capítulo "Del régimen patrimonial de la familia"), nuestros legisladores los pusieron a formar casa aparte dentro del contexto del Código.

Separada la regulación del Patrimonio Familiar del Capítulo VI del Título I, dándole un tratamiento jurídico independiente dentro del mismo Código, queda libre el camino para el cambio de terminología propuesto, para sustituir el "Del Régimen Patrimonial de la Familia" por el de "Régimen Patrimonial del Matrimonio", cuyo contenido ya se analizó y que se acomoda bastante bien a la materia que regulan los artículos 37 al 41 del Código de Familia Costarricense.

Por último, cabe hacer la observación de que este Código de Familia esta incompleto, pues sólo existen las normas sustantivas del mismo. Originalmente, y durante la preparación del Proyecto del Código, se había pensado en una segunda parte, que tratara sobre procedimientos administrativos, y de una tercera parte que hablara sobre procedimientos judiciales, que todavía esperan una redacción.

ASPECTOS COMUNES ENTRE EL CODIGO CIVIL DE 1888 Y CODIGO DE FAMILIA, REFEREN-  
TES AL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO.

1- CON RESPECTO A LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Tanto el Código Civil de 1888, como el Código de Familia vigente, incluyen dentro de sus disposiciones el principio general de permitir a los cónyuges estipular libremente capitulaciones matrimoniales, y arreglar de este modo, y conforme lo consideren conveniente, todo lo relativo a la administración, disfrute y propiedad de los bienes que cada uno aporte al matrimonio, así, como de aquellos que se adquirieran durante la vida conyugal, y del tratamiento que tendrán esos bienes a la disolución del vínculo o la separación judicial, con la única, tradicional y genérica restricción, de que tal convenio no puede violar la Ley, la moral o las buenas costumbres (Artículos 631 del Código Civil y el artículo 10 del mismo código y, además, el artículo 12 del Código de Familia.)

Son comunes las disposiciones de ambos códigos, cuando imponen, como requisito de validez de las capitulaciones matrimoniales el que éstas, se estipulen en escritura pública y se inscriban debidamente para efectos de publicidad. De igual modo, los dos estatutos, (con base en el antiguo axioma "habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia"), que prescriben, que el menor hábil para contraer matrimonio, es también hábil para estipular capitulaciones matrimoniales, asistido por la persona cuyo consentimiento se requiere para que válidamente pueda celebrarse el primer acto.

Finalmente, y como dato interesante (puesto que hay muchas legislaciones que no lo permiten), son también similares las disposiciones relativas a la posibilidad de modificar durante el matrimonio las capitulaciones. Ambos códigos las permiten e, igualmente, estatuyen que el cambio no perjudicará a terceros, sino después de que la escritura respectiva quede inscrita en el Registro y se haga saber la modificación mediante publicidad

en el periódico oficial.

2- CON RESPECTO A LA SITUACION DE LOS BIENES DURANTE LA VIDA CONYUGAL.

El artículo 76 del Código Civil de 1888, disponía: "Si no hubiere capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros."

Por su parte, el Código de Familia, en su artículo 40, prescribe exactamente lo mismo, sin cambiar ni una sola letra del texto anterior, de lo cual, fácilmente, se extrae la conclusión de que ambos códigos establecen el régimen de la separación absoluta de bienes durante la vida matrimonial.

3- CON RELACION A LOS BIENES EXISTENTES EN PODER DE LOS CONYUGES AL DISOLVERSE EL MATRIMONIO.

Puede decirse, en términos generales, que tanto el Código de 1888, como el Código de Familia, sientan el principio de que los bienes existentes en poder de los cónyuges, al disolverse el matrimonio, se considerarán comunes y se distribuirán por igual entre ambas partes. Pero, de inmediato, se estipulan las excepciones -igual en ambos estatutos- a ese principio general y, en consecuencia, no son comunes los siguientes bienes: Los que fueron introducidos al matrimonio, o bien, adquiridos durante él por título gratuito (donación, herencia o legado); los que hayan sido comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales, cuando se trate de inmuebles que fueren debidamente subrogados a otros inmuebles propios de alguno de los cónyuges.

A pesar de que en este aspecto se encuentran algunas diferencias, como luego se apuntarán, son más las similitudes. Y de ellas puede extraerse la hipótesis de que ambos Códigos tomaron como base, por exclusión, el régimen de la sociedad de gananciales para resolver el problema de los bienes al momento de disolverse el vínculo matrimonial o declararse la separación judicial, porque, los bienes que, de acuerdo con nuestra legislación, no forma parte del acervo común, se asemejan mucho a aquéllos que, en la sociedad de gananciales, se denominan "bienes propios de cada uno de los cónyuges"; y los que no están incluidos dentro de éstos son aquéllos que forman el patrimonio común, repartible por igual entre ambos consortes.

Finalmente, llama la atención el precepto: "Es permitido renunciar en las capitulaciones, a las ventajas de la distribución final". Contenido éste, tanto en el Código de 1888 como en el Código de Familia de 1973. No se encuentra la razón de tal permiso de la ley, porque ésta, al entrar a regular el régimen legal supletorio, lo hace en defecto de capitulaciones matrimoniales y si éstas pueden estipularse libremente, no existe motivo alguno para pensar que, en algún caso, no pueda alguno de los cónyuges renunciar a las ventajas de la distribución final. Es más, sería muy extraño que en un contrato de matrimonio se disponga primero una distribución final determinada, y de inmediato, se renuncie a ella. Ahora será que una vez estipuladas las capitulaciones con derecho a participar en la distribución final, no puede renunciarse a ésta durante la vida matrimonial, porque ello implicaría una modificación del contrato? Tampoco, parece que ello sea el objetivo de aquella disposición, puesto que, está permitido modificar las capitulaciones durante el matrimonio y, desde luego, a través de tal acto, cualquiera de los cónyuges, no tendría impedimento legal para renunciar a las ventajas de la distribución final.

Lo que sí pareciera más útil, es que la Ley dijera que la renuncia a las ventajas de la distribución final, aunque haya capitulaciones que contengan ese derecho( o que en su defecto se aplique el régimen legal su-

pletorio), no pueden perjudicar a terceros. La posibilidad de que éstos resulten perjudicados con una renuncia de esa naturaleza, sí es factible.

#### DIFERENCIAS ENTRE EL CODIGO CIVIL DE 1888 Y EL CODIGO DE FAMILIA RELATIVO AL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO.

En general, puede intentarse la afirmación de que las diferencias esenciales entre el Código Civil de 1888, con respecto al Código de Familia vigente y relativo al régimen patrimonial de la familia -sin tomar en cuenta las disposiciones relativas al patrimonio familiar-, son muy pocas; pero no por ello dejan de ser de trascendental importancia. Esa importancia se destaca al hacer el análisis crítico de cada una de ellas. Por el momento, únicamente se puntualizan. Estas diferencias esencialmente, son:

a) El Código de Familia vigente permite otorgar las capitulaciones matrimoniales aún durante la existencia del matrimonio; el Código Civil de 1888 implícitamente exigía que ese convenio se podía estipular únicamente antes de la celebración del matrimonio y durante la vigencia de éste, sólo se permitían modificaciones al convenio original.

b) El Código anterior, al igual que el vigente, permiten que el menor, hábil para casarse, también podía estipular capitulaciones, asistido por la persona que tenía que dar su consentimiento para el matrimonio. El estatuto actual impone, además, la autorización motivada del Tribunal.

c) El Código de Familia, además de que permite estipular capitulaciones durante el matrimonio, con mayor razón, acepta su modificación durante la vigencia de éste, pero, para tal alteración, se requiere autorización del Tribunal cuando haya menores en el matrimonio, exigencia que no contenía el Código Civil anterior.

d) El artículo 41 del Código de Familia estatuye que la liquidación de los bienes se produce al disolverse el matrimonio o declararse la sepa-



ración, en cambio, el Código Civil anterior, no contemplaba, exprofesamente, esta última causa.

e) Asimismo, el referido Código de Familia, en el inciso 4) del artículo 41, y al tratar de la subrogación, incluye los bienes muebles, los cuales, no se encontraban contemplados en la legislación precedente.

f) Dispone el Código de Familia que tampoco son comunes los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges durante la separación de hecho, disposición desconocida en el Código de 1888.

g) Finalmente, el Código de Familia derogó el artículo 90 del Código Civil, por el cual se sancionaba al cónyuge culpable de divorcio o separación, con la pérdida de los gananciales provenientes de los bienes del otro consorte.

La mayor parte de los agregados o modificaciones introducidas al Código de Familia, sin lugar a dudas, fueron, con la saludable intención de resolver una serie de conflictos que se presentaron en los Tribunales de Justicia al momento de resolver los asuntos relativos a la liquidación de los bienes del matrimonio, que dieron lugar, en algunos casos, incluso a jurisprudencia aparentemente contradictoria.

NOTAS.

CAPITULO IV

- 1- BRENES CORDOBA. Op. cit. Pág. 149
- 2- MANRESA Y NAVARRO, José María. Op. cit. Pág. 96
- 3- CASTAN TOBENAS. Op. cit. Pág. 290
- 4- SCAEVOLA, Quintus Mucius. Código Civil Comentado y Concordado. Tomo XXI. Segunda Edición. Reus S.A. Madrid 1967. Pág. 135
- 5- CASTAN TOBENAS. Op, cit. Pág. 218(Edición de 1960)
- 6- FOURNIER ACUÑA, Fernando. Historia del Derecho. Publicaciones de la Universidad de Costa Rica. San José, 1967, Pág. 158
- 7- TREJOS SALAS, Gerardo. Introducción al Derecho de Familia. Ediciones Juricentro. San José. 1977. Pág. 13
- 8- SCAEVOLA, Quintus Mucius. Op. cit. Pág. 136
- 9- CAMARA ALVAREZ. Op. cit. Pág. 97

## CAPITULO V

## CAPITULO V

### LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN COSTA RICA.

En relación a los aspectos doctrinales y características sobresalientes de las capitulaciones matrimoniales, tales como su concepto, naturaleza jurídica, importancia del convenio, su contenido, oportunidad, invariabilidad y capacidad para constituir las, nos remitimos al Capítulo Tercero de este trabajo, en donde se analizan todos esos aspectos.

El propósito de este Capítulo es destacar las regulaciones que de ese convenio tiene la legislación costarricense y formular algún análisis crítico, comparativo, tanto con respecto al Código Civil de 1888, como con relación a los aspectos doctrinales generales de esa institución.

### LAS CAPITULACIONES PUEDEN OTORGARSE Y MODIFICARSE DURANTE EL MATRIMONIO.

La novedad esencial que contiene el Código de Familia vigente con relación a la oportunidad en que pueden celebrarse las capitulaciones, es que éste, en su artículo 37, además de seguir la doctrina general, permite estipular las capitulaciones antes del matrimonio, y sienta el principio novedoso de que tal convenio también puede ser celebrado durante la existencia del vínculo.

Este nuevo concepto se conforma con las corrientes modernas de pensamiento que propugnan por eliminar toda diferencia entre marido y mujer, (Constitución Política de la República de Costa Rica en su art. 52, y en el Código de Familia art. 2 también se consigna el principio de igualdad entre los cónyuges.); y por desechando la idea de que el primero sigue ejerciendo influencia decisiva en las decisiones de la mujer, con perjuicio de ésta. Este concepto, dentro de la legislación costarricense, es conve-

niente y beneficioso para el desenvolvimiento de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, con beneficio, asimismo, para toda la familia. Cabe, aquí, agregar la opinión favorable a la tesis anterior de Don Carlos José Gutiérrez, ex-decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, emitida en la Comisión Redactora del Código de Familia. Dice el señor Gutiérrez: "En la mayoría de los casos, al momento de celebrarse el matrimonio, no existen bienes. La mayoría de las personas se casan en una edad en la cual apenas están comenzando a desarrollar sus actividades comerciales, sus actividades profesionales. Y pensar que, dos jóvenes que se casan careciendo totalmente de bienes, van a celebrar capitulaciones matrimoniales, nos parece un ejercicio intelectual ocioso. En la mayoría de los casos de personas de pocos recursos económicos, y aún de clase media, la celebración del matrimonio se hace apenas con el dinero para cubrir gastos esenciales del mismo. Y nos parece que, en parte, a eso se debe que el régimen de capitulaciones matrimoniales no se utilice. Este régimen supone que existan bienes; y que es necesario establecer la forma en que se va a disponer de esos bienes. Es muy diferente la situación cuando, transcurrido el tiempo y con un cierto éxito en los negocios o bien, cuando se ha formado un capital por el trabajo y por el ahorro surge la necesidad de determinar un régimen. Por eso nos parece que la existencia de las capitulaciones que deben celebrarse, exclusivamente, en el momento del matrimonio, no se ajustan a la realidad, pues, en la mayoría de los casos, no existe ningún patrimonio que repartir." (1)

A esto, se puede agregar, que conforme las personas y las situaciones van cambiando, se podría crear la necesidad de una nueva ordenación en el régimen patrimonial que los cónyuges tenían.

Por otra parte, tratando de ir un poco más lejos con la flexibilidad que la Ley debe tener con respecto a las convenciones matrimoniales, podría pensarse en que la Ley autoriza también que, aún durante la vigencia del matrimonio, los cónyuges pueden liquidar el contrato de matrimonio que

hubieren estipulado y hacer un convenio enteramente nuevo, rodeando ese acto de las solemnidades necesarias para evitar el perjuicio para con los hijos y para con los terceros, que hayan contratado con los consortes.

En el criterio de algunas personas es posible que las capitulaciones matrimoniales se liquiden totalmente durante la vigencia del matrimonio, y se hagan otras nuevas, acogiéndose a un sistema totalmente diverso, mientras que otros, consideran que el Código niega esa facultad a variar totalmente durante el matrimonio las capitulaciones otorgadas anteriormente. (x) A nuestro entender, nada impide que los esposos que hayan estado en sus capitulaciones un régimen matrimonial, puedan cambiarlo luego, durante la existencia del vínculo matrimonial, por otro régimen totalmente distinto, ya que el artículo 37 del Código de Familia costarricense vigente permite otorgar este convenio durante la existencia del matrimonio; y por lo tanto, tácitamente, se puede cambiar de régimen.

Además el artículo 39 del mismo Código, también permite que las capitulaciones puedan ser otorgadas o modificadas en el transcurso del matrimonio.

Ahora bien, el problema muchas veces, no es de modificación de un régimen sino de un cambio total. Creemos, que por la autorización del artículo 39 se puede, mediante modificaciones, llegar a cambiar tanto un

---

(x) Trejos dice que en su opinión nada se opone a que los cónyuges que hubieren celebrado capitulaciones matrimoniales liquiden más tarde el régimen que hubieran escogido y se acojan a otro totalmente diferente, ya que el Código permite celebrarlas una vez constituido el vínculo.

En sentido contrario, Fonseca Montoya, citado por Trejos que dice: Que implícitamente el Código de Familia niega la posibilidad de que los cónyuges puedan liquidar el régimen durante el matrimonio y acogerse a otro distinto. (2)

régimen (el sistema inicial) que pueda quedar desconocido, y convertirse en otro régimen totalmente diverso del anterior.

Por otro lado, al modificarse las capitulaciones matrimoniales del menor (caso del artículo 38 del Código de Familia que autoriza al menor hábil para casarse a celebrar capitulaciones), nos encontramos con que debe existir una autorización del Tribunal tal y como lo exige el artículo 39 del mismo Código. Debe, además, publicarse en el periódico oficial "La Gaceta" un extracto de la escritura e inscribirse en el Registro Público para efecto de terceros. Este artículo ordena la publicación solamente en caso de modificación, y no para celebración de las mismas.

El antiguo artículo 75 derogado del Código Civil estipulaba que las capitulaciones matrimoniales podían modificarse después de celebrado el matrimonio y debían inscribirse en el Registro Público. También estatua la necesidad de anunciarlo en el periódico oficial, pero no se hacía referencia a la autorización del Tribunal en caso de existencia de hijos menores de edad, o en el caso del menor hábil para casarse y celebrar capitulaciones matrimoniales.

En general puede decirse que esta última exigencia es beneficiosa, toda vez que resguarda los intereses de los menores, que, en la posibilidad de un cambio del sistema económico familiar hecho por los padres, podrían, eventualmente, salir perjudicados.

En nuestro criterio, siempre que existan menores de edad que pueden ser afectados con las capitulaciones matrimoniales que se modifiquen con posterioridad, debería exigirse el requisito de la autorización del Tribunal, ya sea que las capitulaciones se celebren o modifiquen durante el matrimonio, o antes de él. Hacemos referencia a las capitulaciones otorgadas antes del matrimonio pues, aún en este caso, se puede dar el hecho de existir menores de edad, por lo que consideramos recomendable se dé la intervención del Tribunal a fin de resguardar en todo caso el interés de ellos, y no sólo en el evento de que el convenio se modifique en la vigencia del matrimonio, como sucede actualmente.

## PUEDEN LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES ASEMEJARSE A UN TESTAMENTO?

El artículo 37 del Código de Familia determina que las capitulaciones matrimoniales pueden comprender los bienes presentes y futuros.

Por otra parte partiendo del principio de que respecto del convenio no hay más limitaciones que las impuestas por la Ley, la moral y las buenas costumbres, ¿cómo entonces se puede calificar un contrato de matrimonio por el cual los cónyuges disponen que todos los bienes del matrimonio, presentes y futuros, inmuebles y muebles, y derechos de toda clase, son propiedad común de ámbos cónyuges, pero que, a la muerte de uno de ellos, el sobreviviente y los hijos comunes, quedan dueños en forma exclusiva, por partes iguales, de todos estos bienes?.

Semejante cláusula en las capitulaciones, no es, ni más ni menos, que una disposición de última voluntad. Nótense, pues, las implicaciones que tal convenio tendría, dado que se trata, primordialmente, de una disposición testamentaria que requiere -dentro de otras formalidades- que se estipule ante notario público y con tres testigos (artículo 583, inciso 1º del Código Civil). Las capitulaciones matrimoniales también deben ser hechas ante notario público. Y cabe otra pregunta: ¿cómo se armonizaría con todas las disposiciones legales inherentes a los impuestos sucesorios?

Aunque es muy extraño que tal cosa se estipule en un convenio matrimonial, la posibilidad existe, y la inquietud queda planteada, porque no se sabe de ningún caso similar, ni se ha encontrado en el medio jurídico costarricense jurisprudencia alguna al respecto.

Sin embargo, a pesar de ello, no es posible asemejar una cláusula como la anterior, en las capitulaciones matrimoniales, a un testamento, pues se estarían confundiendo las figuras.



## REQUISITOS PARA LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LAS CAPITULACIONES.

Dice en lo conducente el artículo 37 del Código de Familia: "... Este convenio, para ser válido, debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público". Es claro, que para perjudicar a terceros, el convenio requiere de dos requisitos: escritura pública e inscripción, ¿pero entre los cónyuges, a partir de qué momento comienza a surtir efecto?.

Supóngase un contrato de matrimonio estipulado en escritura pública tal y como lo indica la Ley, los novios se casan, pero no lo inscriben (excluida la responsabilidad del Notario que para el efecto no interesa); pero, ¿surtirá efectos, aún así, entre las partes?. Pareciera que, con la aplicación de los principios generales que rigen la materia de contratos (Art. 1007 del Código Civil), la afirmación se impone, a pesar de que el Código de Familia habla de que "para ser válido, debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público". De suerte que, si los dos requisitos deben concurrir para la validez del convenio, a falta de uno de ellos, las capitulaciones no surtirán efecto ni siquiera entre los cónyuges, porque tal contrato no es "válido". Sin embargo, se supone que esto es o fue lo que el legislador trató de establecer, puesto que la inscripción está establecida esencialmente para que los terceros conozcan la situación de los bienes dentro del matrimonio y sepan a qué atenerse al momento de contratar con los cónyuges, pero, no como requisito esencial de validez de las convenciones, las cuales sí pueden surtir efecto entre los esposos, aunque no estén inscritas.

La anterior conclusión puede tener apoyo cuando se examinan los requisitos que el artículo 39 del Código impone para que las modificaciones a las capitulaciones puedan afectar a terceros. Dice esta disposición, en el párrafo 2º: "El cambio no perjudicará a terceros, sino después de que se haya publicado en el periódico oficial un extracto de la escritura y ésta quede inscrita en el Registro Público". Este artículo, implícitamente

te, obliga también que todo cambio ha de estipularse en escritura pública, pero además, para que sea de conocimiento de terceros, debe inscribirse y publicarse. De tal suerte que si no ocurren éstos dos últimos requisitos, la modificación no perjudicará a terceros. Desde luego, entre los cónyuges, surtirá todos los efectos legales del caso.

Y para concluir este punto baste con citar a Díez Picazo que nos dice lo siguiente sobre la ineficacia de las capitulaciones y que es aplicable a la legislación costarricense: "Las capitulaciones matrimoniales se conciertan con vista a un matrimonio futuro, por lo que si éste no llega a celebrarse queda sin efecto alguno.

También serán ineficaces las capitulaciones cuando no se hayan otorgado en la forma legal requerida, por nulidad absoluta o inexistencia.

Otro supuesto de ineficacia lo constituye el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales por personas que carezcan de capacidad legal para ello, no contemplada en la forma legalmente predeterminada, o bien cuando existan vicios de la voluntad.

La ineficacia es la nulidad relativa o anulabilidad, una vez declarada judicialmente mediante el ejercicio de la oportuna acción." (3)

## ¿PUEDEN SER HECHAS LAS CAPITULACIONES BAJO CONDICION O TERMINO?

La doctrina se encuentra de acuerdo en lo referente a que el contrato matrimonial, a pesar de que, generalmente, se estipula con anterioridad a la fecha del matrimonio, no surtirá efecto sino a partir de la celebración del matrimonio. Esta característica de las capitulaciones matrimoniales responde perfectamente a su naturaleza, porque, desde luego, no tendría sentido hablar de contrato de matrimonio si éste vínculo no llega a establecerse. Por tal motivo, como ya se expuso anteriormente, algunos autores consideran que ese convenio está sometido a la condición suspensiva de la celebración del matrimonio hasta tanto ella no ocurra, y las capitulaciones no surtirán efecto alguno.

Un aspecto que sí puede dar lugar a discusión es, <sup>si se</sup> si existe la posibilidad de que las capitulaciones matrimoniales puedan ser hechas bajo condición resolutoria o someterse a término, y cumplirse luego de celebrado el matrimonio y durante su vigencia.

De conformidad con la redacción de los artículos 37, 38 y 39 del Código de Familia, y permitiendo nuestro ordenamiento jurídico que las capitulaciones pueden ser, además de modificadas durante el matrimonio, estipuladas durante él, no encontramos motivo ni impedimento legal, para que las capitulaciones puedan ser hechas bajo condición -resolutoria o suspensiva- o sometidas a término.

Si el convenio estuviera sometido a condición suspensiva, no habría mayor dificultad, porque los esposos. (mientras tanto no se cumpla la condición) estarían sometidos al régimen legal supletorio, el cual se aplicaría si el matrimonio se disuelve, o si se declara la separación judicial antes de que se cumpla la condición.

Tampoco habría problemas con la condición resolutoria y el plazo, si éstos no se han cumplido al disolverse el vínculo o declararse la separación judicial, porque se aplicaría el convenio tal y como lo estipula-

ron los esposos.

El problema se podría presentar cuando la condición resolutoria o el plazo se cumplen durante la vida matrimonial, y los esposos no se ponen de acuerdo para la liquidación extrajudicial. En este evento, habría que acudir a los Tribunales y, como <sup>no</sup> se establece un procedimiento especial para el caso, no quedaría otra alternativa que recurrir a la vía ordinaria. Luego de la liquidación, los esposos podrían hacer otro convenio, o bien, quedar sometidos al régimen legal supletorio.

Gangi, aún admitiendo el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales -lo cual ya está superado en la legislación costarricense- es del criterio de que las convenciones matrimoniales puedan ser sometidas a condición o término. Dice este autor: "El principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales no constituye un obstáculo para que puedan ser hechas bajo condición o a término. Verificada la condición resolutoria o vencido el término final, opuesto a una convención, no se puede decir que se haya aportado un cambio en la convención misma, porque la resolución o la cesación de los efectos de ella estaba ya prevista en el momento en que fue estipulada, siendo la condición y el término elementos intrínsecos de la misma." (4)

Admitir la condición o el término en las capitulaciones matrimoniales, como lo hace el citado autor, aún en aquellas legislaciones que mantienen el principio de la inmutabilidad del convenio, es mucho más delicado que hacerlo en aquellas otras en que se permitan las modificaciones e, incluso, la estipulación del contrato durante el matrimonio, como lo hace el Código de Familia costarricense. Por lo tanto, no podría en nuestro criterio haber obstáculo legal en nuestro ordenamiento jurídico para que las capitulaciones puedan comprender, dentro de sus cláusulas, una condición o se estipulen a término. La única restricción sería la regla general de todas las condiciones: de que éstas no pueden ser contrarias a la Ley, la moral o las buenas costumbres.

## CAPITULACIONES MATRIMONIALES DEL MENOR DE EDAD

Tanto el Código Civil de 1888, como el Código de Familia vigente, establecen la regla general de que el menor hábil para casarse lo es también para estipular las capitulaciones matrimoniales, siempre que esté asistido por la persona que debe dar su consentimiento para celebrar el matrimonio. Se sigue, en ambos códigos, el viejo axioma "habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia", que contienen la gran mayoría de las legislaciones. En este aspecto, no hay diferencias ni contradicciones entre estos dos estatutos jurídicos, ni entre éstos y la doctrina general.

Sin embargo, el artículo 38 del Código de Familia exige, además, que las capitulaciones del menor de edad sean autorizadas motivadamente por el Tribunal. Este requisito no lo contenía el Código Civil de 1888, ni se sabe cuál haya sido la fuente original. Sin embargo, la intervención del Tribunal es necesaria y saludable puesto que el contrato de matrimonio -especialmente en aquellos menores que cuentan con recurso económicos considerables- es de trascendental importancia. Bien puede suceder que sean inducidos a engaño, lo cual resulta algunas veces muy fácil, por el desinterés que momentáneamente puede sentir el menor hacia el aspecto material, en relación a otros valores.

Además de la intervención del Tribunal, autorizando las capitulaciones matrimoniales del menor de edad, y aunque la Ley no lo dice en forma expresa, evidentemente deberá intervenir también el Patronato Nacional de la infancia, para lo cual está perfectamente autorizado, en virtud de que, de acuerdo con la Ley, su intervención se requiere siempre que conste de por medio el futuro, patrimonio o interés de los menores.

Por otra parte, sostiene Gerardo Trejos (5), que si el menor ha sido emancipado por un matrimonio anterior, está capacitado para otorgar las capitulaciones matrimoniales por sí mismo. Criterio que compartimos, siempre

y cuando, se trate de un menor que tenga 15 años o más. De lo contrario, si se trata de un menor que no cumpla esta edad, no creemos que sea posible, ni siquiera que otorgue capitulaciones, ya que, del artículo 19 del mismo código de Familia, se infiere que el matrimonio del menor de 15 años está prohibido, aunque pueda quedar convalidado posteriormente, después de que el contrayente menor de edad cumpla esos años.

NOTAS.

CAPITULO V

- 1- GUTIERREZ, Carlos José. Actas de Sesiones de la Comisión Especial que estudió la creación del Código de Familia. Nº22. Pág. 5
- 2- TREJOS, Gerardo. Op. cit. Pág. 58
- 3- DIEZ PICAZO. Op. Cit. Pág. 159
- 4- GANGI, Cologero. Derecho Matrimonial. Aguilar. Madrid 1960. Pág. 291
- 5- TREJOS, Gerardo. Op. Cit. Pág. 55

## CAPITULO VI



## CAPITULO VI

### EL REGIMEN DE PARTICIPACION EN LAS GANANCIAS.

El matrimonio es la base esencial de la familia y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio (Art. 11 del Código de Familia).

De allí, podemos afirmar que el matrimonio, por sí solo, produce una serie de relaciones y efectos tanto de índole personal como patrimonial, que son difíciles de determinar. Como dice Albaladejo el matrimonio "no sólo da lugar a un conjunto de efectos personales entre los cónyuges, sino que extiende su influencia a la esfera patrimonial." (1)

Siendo el matrimonio la cohabitación continua de dos personas ligadas, entre otras cosas, por dos esfuerzos en búsqueda de un propósito común (vida en común, cooperación y mutuo auxilio) puede conllevar a la existencia de una sociedad conyugal de bienes, que nace en el momento en que se celebra el matrimonio, dado que la comunidad de vidas -como opinan algunos- conduce también a la comunidad de bienes.

Ahora bien, partiendo de esta premisa, cabe en primer lugar precisar lo que se entiende por sociedad de gananciales (aunque esto ya fué visto con anterioridad) para luego entrar en el asunto que nos interesa. Al respecto, Castán Tobeñas la define así: "La sociedad de gananciales que la Ley declara existente entre los cónyuges, a falta de estipulación en contrario, y por virtud de la cual se hacen comunes y divisibles por mitad, a la disolución del matrimonio, las ganancias y los beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos durante el matrimonio." (2)

Esta sociedad conyugal que nos define Castán entraña, según Vidal Taquini, "Unidad de masa; unidad de administración; unidad de responsabilidad; masa destinada a partición y división ulterior a la disolución del régimen." (3) Esto es lo que da la diferencia con el sistema de participa-

ción en las ganancias, donde no existe una masa, ni unidad de administración, ni unidad de responsabilidad. Al menos, en Costa Rica se ha tendido a confundir el sistema de gananciales con el sistema de participación en las ganancias; ya que, realmente, lo que existe en nuestro país es una comunidad de ganancias, y no un régimen propiamente dicho de comunidad de gananciales.

En doctrina, este sistema se conoce como Régimen de Participación en las ganancias (término más usado); también según Vaz Ferreira y otros, como Régimen de Comunidad Diferida de Ganancias; o bien, la mención de Comunidad Póstuma o Comunidad por causa de muerte, que es la que utiliza Guaglianone para definir el régimen Argentino. Otros piensan que, además de llamar al régimen por el nombre de Participación, la denominación de Comunidad de Administración Separada puede ser útil, para distinguirla de la comunidad tradicional, y para hacer resaltar que se trata de una combinación de los elementos de la comunidad con los de la separación.

Según Mazeaud "El Régimen de Participación en los gananciales asocia, o intenta asociar, las reglas de los dos regímenes diametralmente opuestos: El Régimen de Separación de Bienes y el de la Comunidad de Gananciales; más exactamente, éste régimen es sucesivamente separativo y luego comunal." (4) Casi en igual sentido dice Alessandri -citado por Fueyo Lanieri- que "es una hábil combinación de los regímenes de separación y de comunidad restringida." (5)

Nos comenta Vaz Ferreira: "Desde hace pocas décadas ha comenzado a llamar la atención de los juristas y a extenderse en el mundo (x) con excepcional fuerza de expansión un régimen matrimonial que puede caracteri-

---

(x) Algunos de los países con éste régimen son: Suecia, Dinamarca, Noruega, Finlandia, Colombia, Argentina, República Federal Alemana, Francia, Holanda, Israel, Italia, España, Costa Rica, etc.

zarse, en síntesis, diciendo que, en general, funciona como la separación y se liquida como la comunidad. Puede decirse que son dos sus caracteres: el primero, la administración y disposición separada de cada esposo de lo que él aporta o adquiere; el segundo, la división de los gananciales por mitades entre los cónyuges o sus herederos a la disolución del régimen." (6)

En resumen, creemos, que el Régimen de Participación en las ganancias se puede definir como el sistema en que cada cónyuge administra y dispone libremente de los bienes, que él ha hecho ingresar en la comunidad. Sin embargo, ésta no surge en realidad hasta ocurrir la causa de disolución del matrimonio, y es, hasta entonces, una vez ocurrida la disolución, que se liquidan todos los bienes que se pueden considerar gananciales, previa separación de los bienes privativos de cada cónyuge.

Dentro de las legislaciones que hemos podido estudiar, el más antiguo régimen de comunidad diferida es el de Costa Rica, del cual trataban los artículos 76 y 77 del Código Civil de 1888. (7) Dicho sistema es retomado por el Código de Familia vigente.

En la legislación costarricense, si los cónyuges no han pactado capitulaciones matrimoniales, cada uno de ellos tendrá durante el matrimonio la libre administración y disposición, tanto de los bienes que ya tenía al momento de celebrar el matrimonio, como los que adquiriera durante él (Art. 40 del Código de Familia). Este sistema no es otro que el llamado en doctrina Régimen de Separación Absoluta de Bienes. Sin embargo, al momento de la disolución del matrimonio, por cualquiera de las causas que el Código de Familia establece, debe procederse a liquidar la sociedad conyugal en la presunción de que los cónyuges han tenido esta sociedad desde que se celebró el matrimonio y, en consecuencia, se procede a su liquidación. Esto ha hecho posible que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges administre y disponga libremente de sus bienes, excepto al momento de la disolución del vínculo, en que debe integrarse un haber so-

cial con los bienes gananciales a fin de distribuirlos por mitades. Es, en virtud del artículo 41 del Código de Familia, que se adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales. Tenemos por tanto que son éstos los que conforman (lo que podríamos dar en llamar) nuestro régimen de participación en los gananciales.

La liquidación de la sociedad conyugal comprende una serie de operaciones dirigidas a determinar los bienes propios de cada esposo y los que integran el acervo ganancial (8); una vez hecho eso, las personas encargadas de efectuar la liquidación de cada patrimonio, es necesario que realicen un inventario que debe comprender el patrimonio inicial y el patrimonio final. (9)

Lacruz Berdejo comentando el proyecto de ley (hoy día vigente en el Código Civil Español del artículo 1411 al 1434) nos comenta: "En el sistema del proyecto, cada esposo es, en su caso, mero deudor del otro: las ganancias no se parten en especie, sino en valor. O sea: un vez extinguido el régimen se investigará y calculará lo que un esposo tenía al empezar, o "Patrimonio Inicial", al que añadirán los bienes adquiridos a título gratuito desde entonces, valorándose todos esos bienes con referencia al momento de la boda o al de adquirirlos; y luego se calculará el valor del "Patrimonio Final", o sea, los haberes del mismo cónyuge al momento de terminar el régimen. Si hay diferencia positiva entre el patrimonio inicial y el final, ésta representa la ganancia." (10)

La legislación costarricense no habla por ningún lado de patrimonio inicial y patrimonio final para la liquidación del régimen, aunque ello se sobreentiende para hacer el cálculo de dicha liquidación.

Raucent dice que "A la disolución del régimen, cada uno de los esposos tendrá el derecho a participar en el enriquecimiento del conjunto medio por la doble estimación del activo inicial y el activo final." (11)

Para este caso en el patrimonio inicial deben figurar todos los bienes que cada uno aportó al matrimonio, con el valor que tuvieran en su

día, junto con los adquiridos posteriormente por donación, herencia o legado, valorados al tiempo de la adquisición. Este patrimonio es fijo e inalterable y representa un valor de vital importancia para determinar luego las ganancias. En el patrimonio final se tendrán los haberes que cada uno de los cónyuges tenga al momento de terminar el régimen. Si hay diferencia positiva entre el patrimonio inicial y el final, ésta representa la ganancia.-Como dice Lacruz-

En nuestro criterio, la formación, existencia y liquidación del sistema de participación en los gananciales, es regulada por un precepto de orden público, que no admite pacto en contrario (En Costa Rica el Régimen de Participación en los gananciales es un régimen supletorio que entra a regir cuando no se han pactado capitulaciones, y por lo tanto, no sólo es supletorio sino que es obligatorio, puesto que es la única posibilidad que existe). La única excepción que encontramos a este precepto de orden público, es la renuncia a las ventajas de la distribución final, que es permitida en las capitulaciones, o en un convenio, que necesariamente deberá hacerse en escritura pública (Art. 41 del Código de Familia).

Cuando se renuncia a las ventajas de la distribución final (renuncia de los gananciales), el no renunciante pasa a ser el único titular de la masa ganancial. También cabe la renuncia parcial, es decir, solamente, a uno o algunos de los bienes gananciales. Al respecto, Mazeaud opina que en el caso de doble renuncia de gananciales "la situación de los cónyuges es la de los esposos separados de bienes" (12). Y en este caso, "el régimen de participación en los gananciales se liquida entonces como un régimen de separación de bienes puro y simple: cada uno de los esposos conserva sus bienes propios y sus gananciales, y queda obligado, por sí solo, por las deudas que haya contraído." (13) Más adelante esto se tratará con más detenimiento.

## REGIMEN PATRIMONIAL LEGAL SUPLETORIO DEL MATRIMONIO EN COSTA RICA.

Ya hemos visto en páginas anteriores, las características más destacadas del régimen patrimonial del matrimonio costarricense. Corresponde ahora, analizar el sistema desde otros ángulos, a saber: cuándo rige el régimen y por qué causas; qué destino tienen los bienes adquiridos antes del matrimonio durante la vida matrimonial, durante la separación de hecho y de derecho, y, finalmente, un comentario crítico del sistema, incluyendo dentro del análisis algunas citas jurisprudenciales de la Sala de Casación, Salas Civiles y de los Tribunales Superiores y una relación necesaria entre el Código de Familia vigente y el Código de Familia de 1888.

### CAUSAS POR LAS QUE ENTRA A REGIR EL REGIMEN LEGAL SUPLETORIO Y A PARTIR DE QUE MOMENTO.

El régimen legal patrimonial del matrimonio con su carácter eminentemente supletorio sólo rige en aquellos casos en los cuales los cónyuges no hayan estipulado capitulaciones matrimoniales y, aunque la Ley no lo diga, cuando éstas sean declaradas nulas, porque, desde luego, la nulidad judicialmente declarada, deja a los esposos en la misma situación de aquellos matrimonios que se celebraron sin convenio matrimonial, o que no lo hicieron durante la vida conyugal.

De igual modo, los esposos que extrajudicialmente arreglen su situación patrimonial para cuando se decreta la disolución del vínculo o se declare la separación judicial; o para el caso en que ninguno solicite al Tribunal la aplicación del régimen legal supletorio para la distribución de sus bienes, éste no surtirá efecto posterior ni entrará a regir en ningún momento. Y la situación patrimonial quedará definida, tal y como se encontraba al decretarse el divorcio o la separación judicial. Surge aquí

la pregunta; ¿qué ocurre en caso de reconciliación conyugal cuando los esposos han estado separados judicialmente? Lo más lógico es que los bienes que, de acuerdo con la Ley, se deban reputar comunes, son aquellos adquiridos a partir de la reconciliación, teniéndose a ésta, para el caso concreto, como si se celebrara un nuevo matrimonio. Ahora bien, si la sentencia de separación hubiese resuelto la situación patrimonial entre los cónyuges, no habría problema alguno porque el caso se encuentra resuelto por el artículo 63 del Código de Familia, al disponer éste que: "... En cuanto a bienes se mantendrá lo que disponga la resolución, si la hubiere.".

Ahora bien, prescribe el artículo 41 del Código de Familia: "Los bienes existentes en poder de los cónyuges al disolverse el matrimonio o al declararse la separación judicial, se considerarán comunes y se distribuirán, por igual entre ambos", con las excepciones que esta misma disposición legal indica y que luego se examinarán con detalle. De manera, que la comunidad de bienes que por nuestra ley tiene lugar, ocurre, precisamente, cuando el matrimonio queda disuelto o declarada la separación, y no en otra ocasión. De esta característica se parte para criticar el término "Sociedad de Gananciales", que se ha usado frecuentemente para designar el régimen supletorio patrimonial del matrimonio en Costa Rica, puesto que en ningún momento la Ley habla de tal sociedad; simplemente, denomina "comunes" a cierto grupo de bienes, única y exclusivamente, para efectos de distribución por iguales partes entre los cónyuges. Y no por otro motivo. De ahí que la denominación más propia, y la que usan los tratadistas es: "De la separación con comunidad diferida" o de "Participación en las ganancias", porque nos da una idea más exacta de lo que en realidad quiere dar a entender nuestro legislador.

El artículo 41 del Código de Familia incluye la declaratoria de separación judicial como motivo para que pueda liquidarse la situación patrimonial de los cónyuges; esta disposición no se encuentra comprendida

en el Código Civil de 1888, dando con ello lugar a muchos debates judiciales que culminaron con una reiterada jurisprudencia en el sentido de que en la declaratoria de separación judicial, podía también liquidarse la situación de los bienes que, de acuerdo con la Ley, debían considerarse comunes. (14). De manera, <sup>\*\*\*</sup> nuestro legislador, en el Código de Familia vigente, resolvió la cuestión debatida, acogiendo definitivamente la jurisprudencia de nuestros Tribunales.

Por otra parte, el artículo 41 del Código de Familia no toma en cuenta, como causa de liquidación del régimen patrimonial del matrimonio, la declaratoria de ausencia, la presunción de muerte, la nulidad de matrimonio, la interdicción o la pena de prisión, que sí consideran expresamente otras legislaciones.

Sin embargo, con respecto a la ausencia, no existe dificultad, puesto que ésta judicialmente declarada, constituye una de las causales por las cuales se puede pedir el divorcio (Inciso 6º del artículo 48 del Código de Familia). Ahora bien, si la ausencia judicialmente declarada constituye causal de divorcio, con mayor razón, la presunción de muerte de uno de los cónyuges, puesto que generalmente la primera sirve de fundamento a la segunda, de acuerdo con la Ley. O bien, si no ha sido así, en todo caso la presunción de muerte produce los mismos efectos que la muerte efectiva con respecto a los bienes, en cuyo caso sería procedente la liquidación de los bienes (Artículo 50 del Código Civil).

Con respecto a la interdicción, también el problema está resuelto en el inciso 5º del artículo 58 del Código de Familia, puesto que estipula, como causal de la separación judicial, "la enajenación mental de uno de los cónyuges que se prolongue por más de un año..."

Finalmente, con respecto a la pena privativa de libertad, ésta constituye causal de separación judicial en los casos previstos en el artículo 58, inciso 6º, que, al respecto dice: "El haber sido sentenciado cualquiera de los cónyuges a sufrir una pena de prisión, durante tres o más años, por



delito que no sea político. La acción sólo podrá establecerse siempre que el sentenciado haya permanecido preso durante un lapso consecutivo no menor de dos años" con lo cual, también queda prevista la liquidación de bienes matrimoniales.

De manera que, a pesar de que el artículo 41 citado, no contempla expresamente como causas de liquidación de los bienes del matrimonio, la ausencia ni la presunción de muerte judicialmente declarada, ni la interdicción, ni la pena de prisión, sí lo hace el mismo Código en forma indirecta en otras disposiciones separadas.

El único problema que no está resuelto claramente en el Código, es el relativo a la nulidad del matrimonio, bien sea con respecto a aquellos casos en que es legalmente imposible el matrimonio (artículo 14 del C.F.), en los que es prohibido (artículo 16 del C.F.) o en los que es anulable (artículo 15 del C.F.)

Podrían entenderse que, al decir el artículo 41 del Código de Familia que "al disolverse" el matrimonio, se encuentran incluidos los casos de nulidad o anulabilidad, pero sería más propio y técnico que se usaran estos términos para evitar sutilezas que algunas veces pueden dar lugar a discusiones innecesarias. Tan es así, que el Código Civil Español, en su artículo 1392 (reforma de julio de 1981) prescribe que "la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: 1- Cuando se disuelva el matrimonio, 2- Cuando sea declarado nulo...", evitándose, con ello, todo tipo de discusión al respecto y resolviendo cualquier duda que pudiera surgir.

#### BIENES ADQUIRIDOS ANTES DE CELEBRARSE EL MATRIMONIO.

Señala el artículo 41 del Código de Familia que, al disolverse el matrimonio o declararse la separación judicial, los bienes que existan en poder de los cónyuges, se considerarán comunes, con excepción de "los

que fueren introducidos al matrimonio..." Con respecto a los bienes inscribibles en un registro, no resulta difícil particularizarlos y saber si son privativos de cada cónyuge, puesto que consta fehacientemente la fecha de su adquisición y demás características que los hacen perfectamente identificables al momento de la liquidación. Lo mismo ocurre con los créditos que a su favor tenga cualquiera de los consortes antes de celebrarse el matrimonio porque su fecha es determinada y cierta.

En relación con los bienes muebles, la situación es bien diferente; es natural que por la especial relación entre los cónyuges y de éstos con sus hijos, lo cual conlleva la cooperación, la fidelidad, el cariño y el mutuo auxilio, se efectue (como consecuencia perfectamente lógica) una confusión en el hogar de todos los bienes muebles aportados por cada uno de los cónyuges y especialmente del dinero que se invierte frecuentemente en el levantamiento de las cargas del hogar, sin que los cónyuges cuiden de obtener documentos de alguna clase que, posteriormente, sirvan para demostrar la inversión de bienes propios y que introdujeron al matrimonio.

Esta situación puede dar lugar, desde luego, a graves injusticias respecto a la división de bienes por partes iguales entre los esposos, porque si uno de ellos aportó algunos que por su naturaleza son inscribibles (generalmente inmuebles) y el otro lo hizo en igual suma, pero en dinero efectivo, este último fácilmente se confundirá con el haber común distribuable, mientras que el primero sería fácil de reclamar como propio por el cónyuge interesado.

Queda entonces pendiente de solución el problema de los bienes muebles introducidos al matrimonio, los cuales, de hecho, formarán parte del haber común, saliendo bien librado de esta confusión, únicamente, el cónyuge que tenga cuidado o la buena fortuna de aportar bienes inmuebles o muebles que sean inscribibles en algún registro (un automóvil, por ejemplo).

Toca, ahora, examinar el destino que tendrán los frutos naturales o

civiles de los bienes introducidos al matrimonio y producidos o devengados durante la vida conyugal. ¿Serán bienes comunes al momento de liquidarse el patrimonio o, por el contrario, se podrán considerar también privativos del cónyuge que los aportó?. La Ley es omisa en este aspecto, pero podría admitirse la posibilidad de considerar comunes los frutos civiles o naturales de los bienes introducidos al matrimonio por los cónyuges, aplicando la doctrina general de la sociedad de gananciales, en la cual, se consideran comunes los frutos de los bienes privativos de cada cónyuge, entre otros bienes, por estimarse, que, en la adquisición de esos frutos, ha existido cooperación de ambos, y por lo tanto, ganancias que deben distribuirse por partes iguales a su liquidación.

El problema planteado puede dar lugar a graves debates judiciales, máxime, si se toma en consideración que el inciso d) del artículo 41 del Código de Familia, estima como privativos de cada cónyuge, los muebles debidamente subrogados a otros propios; piénsese, entonces, en el caso de que si se consideran propios los frutos civiles o naturales de los bienes introducidos al matrimonio, también deberían serlo todos los que con el producto de éstos se adquirieran durante la vida matrimonial, los cuales, en muchos casos, son de enorme importancia económica y podrían incluso constituir todo el patrimonio de los esposos. Por lo mismo la solución propuesta parece más acertada.

Cabe en este punto destacar la solución que a este problema de los frutos daba el Código General de Costa Rica de 1841, en cuyo texto se dedica un capítulo a la denominada Sociedad Conyugal, y en donde se estipula, en su artículo 971, que son gananciales, inclusive, las rentas y frutos percibidos y pendientes de los bienes que cada uno de los cónyuges aportó al matrimonio, resolviendo, sin lugar a dudas, el problema de esos frutos, cuya solución responde acertadamente a la doctrina general relativa a la sociedad de gananciales.

Otro de los aspectos, que no se encuentra contemplado en la legisla-

ción costarricense, es el relativo a las mejoras y al mayor valor que durante el matrimonio adquirieran los bienes aportados por los cónyuges al celebrarse éste. Habría que examinar cada caso en particular y aplicar el principio general de que, si las mejoras o el mayor valor de los bienes es producto del trabajo, la industria y la cooperación mutua de los cónyuges, son gananciales, sobre los cuales ambos esposos tienen derecho por partes iguales; pero, si, por el contrario, la mejora es hecha con bienes privativos del cónyuge propietario o si el mayor valor adquirido por el bien ha tenido lugar por obra de circunstancias extrañas al esfuerzo común -tal será el caso de un terreno aislado y que en un determinado momento de la vida conyugal, el Estado decida construir una carretera que lo habilite de manera excepcional-, la división de partes iguales entre los consortes no respondería al espíritu del sistema ni de la Ley. En este sentido se encuentra orientada la legislación chilena citada por Somarriva. (15)

Este aspecto se encuentra también parcialmente resuelto en el Código General de 1841 en su artículo 972, al disponer éste que el aumento que, por el tiempo, o por cualquier otra causa, reciban los bienes introducidos al matrimonio por los cónyuges es común, lo cual, también responde a la teoría general sobre la sociedad de gananciales. No existió motivo aparente para que nuestra legislación actual no incluya esas soluciones dentro de sus preceptos jurídicos, tanto en este aspecto, como en lo relativo a los frutos de los bienes introducidos al matrimonio, evitando, así, eventuales debates jurídicos.

## BIENES ADQUIRIDOS DURANTE EL MATRIMONIO.

Con respecto a los bienes que los cónyuges introducen al matrimonio, y a pesar de que pueden surgir problemas sobre la naturaleza de éstos, la causa o título por medio del cual el cónyuge los haya adquirido no tiene trascendencia alguna para determinar si pertenecen al haber común o si continúan siendo privativos del consorte que los aporta. La solución es ésta última, o sea, que sigue perteneciendo en forma exclusiva al cónyuge propietario y no forman parte del haber común al disolverse la relación marital.

El asunto cambia radicalmente cuando los bienes son adquiridos por los esposos durante el matrimonio, en cuyo caso, el título por medio del cual se adquieren, sí tiene trascendental importancia, para determinar si son de los que la Ley estima comunes o privativos de cada cónyuge.

## BIENES ADQUIRIDOS DURANTE EL MATRIMONIO A TÍTULO GRATUITO O POR CAUSA ALEATORIA.

El artículo 41 del Código de Familia, en su inciso a), dispone, expresamente, que estos bienes no forman parte del haber común al terminar la relación conyugal.

Los bienes adquiridos a título gratuito no son otros que aquellos provenientes de herencia, legado o donación. Se presentan con estos bienes los mismos problemas relativos a la dificultad de evitar la confusión con respecto a los bienes muebles y a la solución que deba dársele a los frutos y mejoras, y al mayor valor que adquieran esos bienes durante el matrimonio, especialmente tratándose de inmuebles

Cabe, aquí destacar igualmente la solución que al respecto contenía

el Código General de 1841, en su artículo 971, al disponer que son gananciales las rentas y frutos de los bienes que vinieron a cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, por herencia, legado, donación o cualquier otro título. Los frutos de todos esos bienes se destinan a levantar las cargas matrimoniales. El sobrante aumenta el patrimonio común.

En este caso, recogió el Código la solución propuesta por la doctrina general de la sociedad de gananciales y que se debió adoptar expresamente en nuestro sistema actual. Los bienes adquiridos por causa aleatoria, según nuestra Ley, tampoco forman parte del haber común; son aquéllos cuya adquisición dependió de un acontecimiento incierto, tal es el ejemplo de la lotería. Por el contrario Cano Tello -citando a Manresa- nos dice que "Las ganancias procedentes de un premio de lotería son, evidentemente, gananciales, así como las obtenidas en cualquier otro juego. En cuanto a las precedentes de otras causas que eximan de la restitución, están evidentemente comprendidas en ellas las cantidades y objetos procedentes de apuestas, rifas y cuanto suponga un lucro obtenido sin esfuerzo, por suerte, casualidad o acontecimiento fortuito. En este caso se encuentra la parte del tesoro descubierto por casualidad." (16)

Sin embargo, es muy discutible el motivo por el cual considera nuestra legislación a estos bienes privativos del cónyuge que los obtuvo. Se dirá, como argumento, que para su adquisición no existió el esfuerzo común que caracteriza los bienes gananciales. Ello puede ser posible en algunos casos, por ejemplo, el cónyuge que obtiene un número de lotería en un sorteo gratuito y, al mismo tiempo, ese número resulta favorecido con un premio considerable en dinero. Queda claro que, en este caso, no existe esfuerzo común de ambos cónyuges, ni siquiera del que resultó favorecido. Pero, suponiendo el caso de un consorte que invierte fuertes sumas de dinero en cada sorteo a costa de los bienes que pueden considerarse comunes y durante muchos años, al cabo de los cuales obtiene un premio, ¿se podría estimar que en este caso no se ha invertido dinero común?

Difícilmente, la respuesta puede ser negativa, máxime si se piensa en un matrimonio, en el cual, aquel dinero proveniente de causa aleatoria, constituye el único patrimonio de la familia. Negarle la participación a uno de los cónyuges en aquellos bienes, es enfrentar el peligro de falsear los principios que informan la comunidad de ganancias provenientes del esfuerzo y la cooperación conyugal.

Es de observar, que el Código de 1888 no contempla la causa aleatoria como motivo de exclusión de bienes de la comunidad, y el Código General de 1841, por el contrario, los incluye como gananciales (art. 971).

#### BIENES ADQUIRIDOS A TITULO ONEROSO DURANTE EL MATRIMONIO. PRESUNCION DE COMUNIDAD.

Por exclusión y en términos generales, la Ley presume que todos los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, se considerarán comunes y se distribuirán por igual entre los esposos a la disolución del vínculo por divorcio o al declararse judicialmente la separación. Sin embargo el mismo artículo 41 del Código de Familia establece aquella presunción general al decir cuáles bienes no son gananciales, por lo que se supone que todos los que no estén en la lista lo son, lo cual, aunque la Ley no lo diga expresamente (como si lo dice por ejemplo la legislación española, art. 1361 del Código Civil), ha sido considerado por nuestra jurisprudencia como una presunción iuris tantum. Resultando de ello que, al cónyuge o sus herederos que nieguen la comunidad de determinado bien estimado como ganancial, le corresponde la carga de la prueba. (17)

El Código General de Costa Rica de 1841, disponía en su artículo 972, lo siguiente: "Aún los bienes del patrimonio de cada uno -se refiere a los cónyuges- se presumen comunes mientras no se pruebe lo contrario."

La jurisprudencia costarricense, entonces, ha resuelto acertadamente

a quién corresponde la carga de la prueba cuando se niegue la naturaleza común de un bien adquirido a título oneroso durante el matrimonio. Coincide tal criterio con el de otras legislaciones extranjeras, y en general, con la corriente doctrinaria que informa ese aspecto, pero, sin embargo, queda en pie el problema relativo a la clase de elementos probatorios requeridos para demostrar ese extremo, en lo cual, es omisa nuestra ley.

Desconocemos si ha existido jurisprudencia al respecto, pero pareciera que la solución más acertada es admitir todos los medios ordinarios de prueba. El Código Civil de 1888, tampoco resolvía estos problemas. El Código General de 1841, lo hacía concretamente en su artículo 972, al exigir documento público como medio de prueba para desvirtuar la presunción de comunidad de un determinado bien.

Luego de examinar la presunción del carácter ganancial que tienen los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, corresponde analizar cuáles de ellos, aunque adquiridos en iguales circunstancias, son privativos de cada cónyuge y, por lo tanto, no son comunes ni se reparten por igual entre los esposos al terminar la relación conyugal.

#### LOS COMPRADOS CON VALORES PROPIOS DE UNO DE LOS CONYUGES DESTINADOS A ELLO EN LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Resulta extraña esta disposición de la Ley, puesto que, si existen capitulaciones matrimoniales, éstas han excluido el régimen legal supletorio y no será, sino por ese contrato, que se regule todo lo relacionado con el régimen patrimonial del matrimonio, y, consecuentemente, no es necesario que la Ley venga a decidir lo que ha sido pactado por los esposos libremente, y dentro de las normas jurídicas previstas para el caso. Con mayor razón, se estima incongruente esta disposición con el resto de los preceptos contenidos en el artículo 41 del Código de Familia, si se consi-



dera que éstos han sido previstos por el Legislador, Únicamente, para el caso de que los cónyuges no hayan estipulado capitulaciones matrimoniales, o éstas, como se ha expuesto anteriormente, por cualquiera de los motivos establecidos en la Ley, sean declaradas nulas.

Lo que si es importante analizar es el caso de que uno de los cónyuges adquiera del otro un bien a título oneroso y durante el matrimonio. ¿Cómo debe considerarse éste al momento de disolverse la relación conyugal?. ¿Será un bien ganancial o por el contrario, será patrimonio exclusivo del cónyuge que lo adquirió del otro?. A nuestro juicio, la jurisprudencia costarricense ha resuelto acertadamente el punto al decir: "Los bienes inmuebles comprados por uno de los cónyuges al otro, pasan a ser de exclusiva propiedad del adquirente, cual si los hubiera aportado al matrimonio." (18).

Es razonable la solución propuesta. Ningún cónyuge va a comprar al otro un bien que sabe ha sido adquirido con el esfuerzo de ambos y, el vendedor, luego de recibir el importe del pago total del precio, no puede pretender que, a la disolución del vínculo matrimonial, se le entregue una mitad de ese bien por concepto de gananciales. Ello no sería otra cosa que admitir la posibilidad de que un esposo, por ese medio, adquiera la totalidad del bien, cuando en realidad lo que le correspondería, en situación normal -cuando <sup>/no</sup> ha existido tal venta- es la mitad.

Puede existir también una particular situación con respecto a los bienes que un cónyuge done al otro. ¿Podría considerarse que tal donación es una repartición anticipada de gananciales?. Cuando en alguna oportunidad se alegó tal cosa, nuestra jurisprudencia acertadamente dijo: "El contrato que celebraron los cónyuges mediante el cual el marido donó unos bienes a su esposa, no puede considerarse como una distribución de los bienes adquiridos por el esposo durante el matrimonio, de lo que se trata es de una donación, pues a falta de un convenio de separación judicial que comprenda lo relativo a bienes comunes, sólo se podría producir los efectos

de repartición de gananciales si se hubiera consignado expresamente en el contrato que de ese modo quedaban satisfechos los gananciales que correspondían a la esposa, porque de lo contrario habría que concluir que toda liberalidad entre cónyuges se reputa a título de gananciales, con lo cual se eliminaría la esencia misma de la liberalidad." (19)

#### CUANDO LA CAUSA O TITULO DE ADQUISICION PRECEDIO AL MATRIMONIO.

Los bienes así adquiridos durante el matrimonio, según la legislación costarricense (art. 41, inc.3), tampoco forman parte del haber común.

Somarriva, comentando la legislación chilena y con respecto a estos bienes, refiere: "En varias oportunidades ya hemos visto..., que el legislador para ver la suerte que corre un bien adquirido durante el matrimonio atiende al momento en que se produce el título de adquisición y no a cuando éste se consuma". (20)

Este autor, a manera de ejemplo, cita varios casos posibles y entre ellos, la prescripción que se verifica o se completa durante el matrimonio. Fue durante éste que el vicio se purgó por la ratificación o por otro medio legal: Aquellos bienes propios que habían sido donados o enajenados antes del matrimonio y que vuelven al cónyuge que lo hizo por nulidad o resolución de contrato; al usufructo que se consolida durante la vida conyugal; a pagos hechos a uno de los cónyuges por créditos constituidos antes de la celebración del matrimonio y a los bienes que, antes del matrimonio, se encontraban en litigio y que durante la vigencia del vínculo la posesión pasa a ser pacífica y definitiva.

Como se puede apreciar en los ejemplos anteriores, en la adquisición de esos bienes no ha existido esfuerzo común de ambos cónyuges y, por eso mismo, no se les considera comunes.

BIENES MUEBLES O INMUEBLES QUE FUEREN DEBIDAMENTE SUBROGADOS A OTROS  
PROPIOS DE ALGUNO DE LOS CONYUGES.

Es bien claro el motivo por el cual estos bienes no forman parte del haber común, puesto que, si un bien propio de uno de los cónyuges, se sustituye por otro, éste adquiere la misma naturaleza del que se sustituyó.

La subrogación pretende el restablecimiento de la composición primitiva, ingresando el bien nuevo en el patrimonio o categoría de donde salió. (21)

Teóricamente el asunto es sencillo, pero en la práctica no lo es tanto, puesto que generalmente los bienes sustituidos no tienen el mismo valor y muchas veces no son de la misma especie; pudiera ocurrir que un inmueble, se sustituya por un mueble o viceversa. Sin embargo la subrogación es una figura jurídica que dentro del régimen patrimonial de la familia, y en la práctica, puede ser fuente de graves problemas y entorpecimientos al momento de liquidar el régimen.

Cano Tello nos comenta: "Al entrar una cosa en el patrimonio de una persona, se sitúa en el lugar de otra que sale de él, revistiendo una o varias cualidades de la antigua.

En análoga línea, Aubry y Rau entienden que todos los bienes de un patrimonio conllevan, como tales bienes, la idea de un valor pecuniario, revistiendo, por ello, el carácter de cosas fungibles. Con este presupuesto, la subrogación real aparece como una ficción por la que un objeto reemplaza a otro por venir a pertenecer a la persona que era propietaria del anterior, revistiendo su misma naturaleza jurídica." (22)

En nuestro medio jurídico son excepcionales los casos en que se haya abierto debate judicial en un asunto concreto, y con respecto a la subrogación, dado que ésta rara vez tiene lugar.

Sin embargo, encontramos un antecedente relativo a un caso de subro-

gación. Con respecto a la prueba que se requiere para demostrar la sustitución de un bien por otro, dice el pronunciamiento judicial: "La norma relativa a la existencia de bienes al disolverse el matrimonio, establece la exclusiva propiedad de los adquiridos por el cónyuge a título gratuito, pero no exige prueba especial para demostrar la sustitución de unos bienes por otros." (23)

Esta resolución judicial viene a resolver el problema de la clase de prueba que se necesita para desvirtuar la presunción de comunidad de ciertos bienes adquiridos durante el matrimonio, tal y como ya se indicó en páginas anteriores, y siendo omisa la Ley respecto a este asunto, la jurisprudencia ha mantenido el criterio, como lo hace respecto a la subrogación, de que no se requiere un medio probatorio especial; pueden ser admitidos, entonces, todos los medios ordinarios de prueba. Nuestro Código de Familia vigente incluye los bienes muebles como posibilidad de ser también subrogados, cosa que no hacía el Código Civil de 1888. Por lo general resulta complicada la subrogación con respecto a los bienes inmuebles, especialmente al momento de su liquidación. Con mucho más razón, si se trata de muebles cuya confusión dentro del movimiento económico del matrimonio es inevitable. Sin embargo, la posibilidad de que en la práctica ocurre ese fenómeno jurídico es innegable y por lo mismo estimamos acertada la decisión del legislador al incluirla como precepto en el Código de Familia.

#### BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA SEPARACION DE HECHO DE LOS CONYUGES.

El Código de Familia costarricense excluye de la comunidad distribuble los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges durante su separación de hecho.

Esta disposición no se encuentra en el Código Civil de 1888 ni en el Código General de 1841. El legislador costarricense la incluyó en el Código de Familia actual para resolver los reiterados casos judiciales que al respecto se suscitaron y que dieron lugar a jurisprudencia contradictoria. Es por ello que se agregó el inciso 5 al artículo 41, por medio del cual se excluye del haber común, aquellos bienes adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges.

Cosa curiosa es el caso del Código Civil Argentino que en su artículo 1306 dice: "Producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuera culpable de ella no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable". Como vemos en este caso se castiga al cónyuge culpable de la separación de hecho, cosa que no hace el Código de Familia costarricense.

En las actas de la Sesión Plenaria de la Asamblea Legislativa cuando se discutía la aprobación del Código se dice: "Ya este principio doctrinario lo han acogido los Tribunales de Justicia mediante una jurisprudencia que se respeta, en el sentido de que los bienes que se hagan, no entran en la división, esto por razón lógica: se presume que no ha habido colaboración para hacerlos." (24)

Es acertada, en parte, la afirmación anterior, que finalmente formó parte del Código, porque en reiterados pronunciamientos jurisdiccionales, los Tribunales les negaron la comunidad a los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges durante la separación de hecho. Así, por ejemplo, una de las sentencias de Casación, dice: "Las leyes que instituyen o reglan los bienes gananciales han de entenderse aplicables cuando el matrimonio ha existido normalmente, es decir, cuando ha habido comunidad de vida y los cónyuges han cumplido el fin esencial de prestarse mutuo auxilio." (25); a contrario sensu, los bienes adquiridos durante la separación de hecho no forman parte de la comunidad.

Otra sentencia de Casación, dice: "En casos especiales de separación de hecho o derecho, en que uno de los cónyuges adquiriera bienes en esas condiciones, la doctrina y la jurisprudencia han admitido la inexistencia de la comunidad de esos bienes, porque ha faltado el sustento jurídico del mutuo auxilio que la origina". (26)

Sin embargo, debe hacerse la observación de que la separación de hecho puede tener infinidad de matices particulares y, por esa circunstancia, alguien se puede prevalecer de la disposición imperativa de la Ley, para hacer aparentar una separación, que en realidad no ha existido, o lo contrario, según convenga a sus intereses. Existe una jurisprudencia que da base para pensar en esa posibilidad, la cual dice: "No se infringe el texto legal que considera no comunes algunos bienes adquiridos dentro del matrimonio, si los Tribunales de instancia han tenido por común una finca adquirida cuando aún no se había interrumpido las relaciones matrimoniales, aunque por razones de trabajo el marido hubo de pasarse a residir a otra ciudad lo cual es posible de conformidad con la Ley Civil." (27)

Vemos que esta jurisprudencia de Casación, en un caso especial de separación de hecho, no da lugar a tener como privativo un bien adquirido en tales circunstancias; lo que nos da base para pensar que lo correcto sería dejar a los Tribunales (aunque parezca contradictorio con el texto legal del artículo 41, inc. 5) determinar en cada caso particular los bienes que deben considerarse comunes, a pesar de haber sido adquiridos durante la separación de hecho, con aplicación de los principios de la colaboración y el mutuo auxilio que informan la comunidad de los bienes del matrimonio.

## SITUACION DE LOS BIENES COMUNES EN CASO DE BIGAMIA.

La legislación de Costa Rica ha sido, y es, omisa con respecto a la solución que deba dársele a los bienes que, de acuerdo con la Ley, deban presumirse comunes, y que han sido adquiridos durante el matrimonio de un cónyuge bigamo, cuando el otro ha obrado de buena fe. Es posible que el caso se de, y que, durante el segundo matrimonio aparente, se obtengan bienes distribuibles, porque si lo fuera durante la vida normal del primero, no habría problema; no hay duda de que la primera esposa tiene derecho a la mitad de los gananciales. La dificultad surge en el primer caso y no en éste último.

Aubry y Rau -citados por Fassi y Bossert-, sostienen que: "Los derechos de la primera esposa se regulan como si no existiera el segundo matrimonio y como si no se hubiera formado entre el marido y la mujer, más que una sociedad ordinaria. Ella podrá pues reclamar la mitad de la comunidad tal como existiera al día de la disolución, con deducción sin embargo de los aportes de la segunda esposa y de una parte proporcional de los aportes de ella en las adquisiciones hechas durante el segundo matrimonio. En cuanto a la segunda mujer, suponiéndose de buena fe, tomará la mitad de la comunidad, tal como existiera en el día de la anulación o de la disolución de su matrimonio, con deducción no obstante de los derechos de la primera mujer, ficticiamente liquidados al día de la celebración de su matrimonio, y de una parte proporcional a sus derechos en las adquisiciones hechas después de esa época." (28)

El artículo 1316 del Código Civil argentino, citado por Cirilo Pavón, contempla la situación planteada y la resuelve de la siguiente forma: "Si ha habido bigamia y en el segundo matrimonio aparente la mujer ha sido de buena fe, la esposa legítima tiene derecho a la mitad de los gananciales adquiridos hasta la disolución del matrimonio. La segunda mujer podrá repetir contra la parte de gananciales del bigamo y contra los bienes intro-

ducidos por él durante el matrimonio, los gananciales que le hubiesen correspondido durante su comunidad con él, si el matrimonio hubiese sido legítimo". (29)

La disposición legal transcrita contempla sólo el caso del marido bigamo, pero, por Ley Nº 11357, citada por el mismo autor, puede ahora aplicarse indistintamente a marido o mujer.

De acuerdo con la legislación argentina, el cónyuge bigamo, al disolverse el matrimonio, no recoge absolutamente nada de los gananciales que le pudieran corresponder, porque una mitad corresponde al cónyuge legítimo y la otra <sup>/la tendría que compartir con</sup> la segunda que ha obrado de buena fe.

El ejemplo sencillo sería el caso de X marido que contrae nupcias en Argentina, en donde forma su hogar por varios años, pero sin hacer capital alguno. Luego, por dificultades económicas, precisamente, decide trasladarse a Costa Rica, dejando en Argentina a su familia con la intención de volver por ella. Sin embargo, no lo hace, y por el contrario, se casa con una costarricense de buena fe y al cabo de algún tiempo, durante esta segunda unión, logra formar un capital de \$ 100.000, que de acuerdo con la legislación costarricense se estima común. Disuelto el vínculo y de acuerdo con la legislación anteriormente comentada, la esposa legítima (o sea la que está en Argentina), tiene derecho a \$ 50.000 y la segunda, siempre que sea de buena fe, recoge la <sup>/mitad de esa</sup> suma; de tal suerte que el marido X (o mejor dicho, el bigamo), quedaría <sup>/casi</sup> sin opción alguna a participar de los gananciales que logró acumular con el esfuerzo suyo y de su segunda esposa, como sanción por su conducta reprochable e ilegal. ¿Cómo se resolvería el problema planteado de acuerdo con la legislación costarricense? Se repite, la Ley es omisa en ese sentido, y no conocemos ningún caso semejante <sup>/que</sup> en los Tribunales de Costa Rica hayan resuelto una situación así, y por lo tanto, no hay jurisprudencia al respecto.

Sin embargo, de acuerdo con el inciso 5 del artículo 41 del Código de Familia, en la actualidad no hay problema para resolver una situación



como la contemplada en el ejemplo anterior, puesto que, si de acuerdo con la Ley costarricense, el cónyuge no tiene derecho a gananciales procedentes de los bienes que hayan sido adquiridos por el otro durante la separación de hecho, el que, conforme al ejemplo, se quedó en Argentina, no podría pretender derecho alguno sobre los bienes que el marido X adquirió en Costa Rica, porque evidentemente se encontraba separados de hecho. Se plantea, aquí, de nuevo la posibilidad de una verdadera injusticia con respecto al consorte, que de muy buena fe y con grandes esperanzas, se quedó en Argentina, esperando el regreso de su esposo con mejores perspectivas económicas para la familia.

Una vez más, se establece la inconveniencia de la disposición contenida en el inciso 5 del artículo 41 citado, por la posibilidad de que se susciten situaciones como la expuesta, en la cual, únicamente los Tribunales podrían determinar, en cada caso particular, cuándo se pueden estimar comunes los bienes adquiridos durante la separación de hecho, dado que, para la colaboración y el mutuo auxilio, no se requiere, necesariamente, que los cónyuges se encuentren juntos. Por muchos motivos y circunstancias pueden estar separados y, sin embargo, permanecen activas la colaboración y el socorro mutuo.

#### LIQUIDACION ANTICIPADA DE BIENES.

A veces en los matrimonios se presentan situaciones anómalas que requieren (sobre todo cuando la anormalidad afecta al marido) que se adopten medidas extremas para solucionar las dificultades de la gestión económica del matrimonio. Para estos casos, el Código de Familia de 1973 prevee la medida de separación de bienes conocida como "Liquidación anticipada de Bienes".

El segundo párrafo del artículo 41 faculta a los cónyuges para soli-

citar al Tribunal una liquidación anticipada, en vista de correr los intereses de alguno de ellos el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte o por actos que amenacen burlarlos, lo cual debe ser comprobado por el Tribunal de manera indubitable.

Veamos lo que opinan algunos autores al respecto: Para Cano Tello "La persistencia de una mala administración que ponga en peligro los intereses de la Familia es causa suficiente para provocar la disolución de la comunidad, a petición del otro cónyuge. Los actos de uno de los cónyuges perjudiciales a los derechos del otro no siempre han de ser actos de gestión de los bienes gananciales, sino que pueden serlo de los bienes propios, habida cuenta de que los frutos de éstos tienen la consideración de gananciales. No es necesaria la existencia de dolo ni de negligencia. Lógicamente, la disolución de la comunidad, persistiendo el matrimonio, lleva como consecuencia la aplicación del régimen de separación." (30)

Opinan Lacruz y Sancho Rebullida que "Mientras se sustancia un pleito de nulidad, separación o divorcio, entre cónyuges que pretenden dejar de serlo o dejar de tratarse como tales y convivir, no se puede mantener el statu quo del tiempo en que sus relaciones eran normales. Al contrario, la relación de familiaridad entre tales cónyuges ha sufrido un cambio sustancial, y en cuanto a los aspectos patrimoniales de la misma falta entre ellos la base de confianza que requiere el régimen legal, y cualquier otro régimen." (31)

Ahora bien, esa comprobación -de la que hablabamos anteriormente- que exige el Código de Familia de manera indubitable es muy difícil en vista de que los hechos que motivan la solicitud de la liquidación anticipada se ejecutan con la mayor sigiliosidad, no obstante, creemos, que esa comprobación (de modo indubitable, según el Código) es necesaria para proteger los intereses de posibles acreedores que podrían salir perjudicados con la liquidación.

La liquidación anticipada se hace a través de la vía ordinaria, por

lo que la sentencia tendrá el carácter de cosa juzgada, sin embargo, conforme a lo dispuesto por el artículo 906 del Código Civil, cuando esa liquidación se ha solicitado con el objeto de perjudicar derechos de acreedores, se faculta a éstos para impugnar esa resolución, que dolosamente ha hecho recaer contra sí alguno de los cónyuges.

#### DISTRIBUCION DE GANANCIALES.

De acuerdo con el actual Código de Familia vigente, al disolverse el vínculo matrimonial, por cualquier causa que tal disolución ocurra, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto del patrimonio formado durante el matrimonio, a nombre del otro cónyuge. Una de las causas de disolución, es la muerte.

Es entonces con la muerte cuando surge el derecho a gananciales. Y resulta también que el testamento cobra vigor al momento de fallecer el causante. Cabe pues cuestionarse qué priva en caso de que por testamento el causante disponga de los bienes que aparecen a su nombre sin tener en consideración los gananciales. La duda surge puesto que el Código Civil no ha contemplado como limitación a la libre testamentifacción la existencia de gananciales.

Sin embargo no podemos en base a la libre testamentifacción pasar por alto el artículo 41 del Código de Familia que expresamente otorga el derecho a los cónyuges a participar en los gananciales.

"Teniendo efectos el testamento, aunque otorgado en fecha anterior, después de la muerte del causante, para entonces, por disposición de la Ley el supérstite adquiere derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes del causante; éste no puede burlar, por vía de testamento, los derechos consagrados por la Ley misma en favor suyo. Se Trata-

ría en la especie, entendemos, de la disposición, mortis causa, de bienes ajenos: Los del cónyuge supérstite." (32)

Por otra parte, una vez disuelto el vínculo matrimonial o declarada la separación judicial, y una vez que se hayan determinado cuáles bienes son privativos de cada cónyuge, el remanente constituye el haber común que se dividirá por partes iguales entre ambos consortes o entre sus herederos. Teóricamente la división, no presenta dificultad alguna, pero en la práctica si suele ocurrir. Porque se<sup>HA</sup> discutido en ocasiones si los cónyuges tienen derecho a la mitad en todos y en cada uno de los bienes comunes o si la distribución puede hacerse de otra forma, para evitar divisiones difíciles y no limitar innecesariamente la libre testamentifacción. La jurisprudencia costarricense ha resuelto el punto diciendo: "Admitir la tesis de que al disolverse el vínculo matrimonial cada cónyuge tendrá derecho en los bienes comunes a la mitad en todos y cada uno de ellos, equivale a sobrepasar los límites que la Ley le marca al principio de la libre testamentifacción, pues el testador se vería impedido de dejar legados y de tomar otras disposiciones con sus bienes propios, además de que entraría casi hasta el absurdo la distribución de los bienes en un juicio sucesorio... La comunidad de bienes que establece la Ley Civil, debe entenderse relacionada con el porcentaje que en el mismo se otorga a cada cónyuge, o sea, que al disolverse el matrimonio cada uno tendrá derecho a la mitad del patrimonio común, pero no necesariamente a la mitad de todos y cada uno de ellos". (33)

A nuestro juicio, la jurisprudencia resuelve acertadamente el asunto y evita, así, que un cónyuge por capricho exija la mitad de todos y cada uno de los bienes distribuibles, lo cual significaría gastos innecesarios y entraría la liquidación al extermo, lo cual, desde luego, no guarda relación con el espíritu de la Ley ni con el principio de la comunidad que ella consagra.

Se ha pretendido en algunas ocasiones que, así como ciertos bienes

adquiridos durante el matrimonio son comunes, al disolverse el vínculo o declararse la separación judicial, debe igualmente entenderse que las deudas contraídas independientemente por los cónyuges durante el matrimonio, y con respecto a esos mismos bienes, también son comunes, y deben satisfacerse con todo el patrimonio común.

Al respecto, afirma la jurisprudencia: "Según el artículo 76 ibidem la formación del lazo matrimonial, en cuanto al régimen económico, no crea una entidad distinta de la persona de los cónyuges sobre la cual pese la obligación de pagar las deudas por ellos contraídas; nuestro sistema de completa independencia de patrimonio, de libre disposición de los bienes y de sus frutos, mientras no se disuelva el vínculo es adverso al criterio de comunidad de las deudas contraídas por uno de los esposos sin la anuencia del otro, respecto de las cuales deben ser considerados como terceros, siendo constante la jurisprudencia en el sentido de que los créditos pasivos de los consortes que no han sido constituidos de modo conjunto, corren a cargo del que ha recibido el dinero o servicio que le haya dado origen y firmado el respectivo título". (34)

Desde luego, que tratándose de créditos que han sido garantizados con prenda o hipoteca constituidas sobre bienes que se encontraban inscritos a nombre del cónyuge deudor y con anterioridad a la disolución del matrimonio o declaración de separación judicial, sí deben pagarse íntegramente con el bien afectado, aunque éste deba considerarse común de acuerdo con la Ley, porque esta comunidad no puede establecerse en perjuicio de terceros, quienes ya tenían con anterioridad un derecho real de crédito y que había sido constituido por quien tenía la libre disposición de sus bienes de acuerdo con la Ley. Las deudas que no son comunes, son aquellas contraídas por uno de los cónyuges separadamente y que están garantizadas en forma personal. Por ellas responderán única y exclusivamente sus bienes propios, o bien, la parte de gananciales que les puedan corresponder en la distribución final.

Para concluir este punto nos dice Delgado Echeverría: "La disciplina de las cargas del matrimonio es la respuesta del Ordenamiento a la realidad sociológica de la familia nuclear como unidad de consumo; es decir, a la existencia de unos grupos que se caracterizan por la convivencia de dos personas unidas por lazos de matrimonio junto con los hijos menores procreados en el mismo, y en el que las necesidades de consumo se satisfacen en común, de modo que no se distingue entre los gastos hechos en beneficio de uno u otro de sus miembros. El ordenamiento valora esta realidad social con criterios específicos de Derecho de Familia, excluyendo la aplicación de los criterios propios del derecho patrimonial de equivalencia de las prestaciones u fungibilidad de los sujetos, y subordinando las relaciones económicas entre los miembros de la familia a las situaciones personales relevantes.

La disciplina de las cargas del matrimonio fija los módulos para la determinación en abstracto de los gastos familiares; impone la erogación de los recursos económicos con que hacerles frente; y señala la responsabilidad de las masas patrimoniales respecto a terceros proveedores de los bienes de consumo para el grupo familiar." (35)

#### RENUNCIA DE GANANCIALES.

¿Pueden los cónyuges renunciar a los gananciales? Desde luego, no existe disposición legal alguna que impida tal renuncia (36). Pero, de acuerdo con el sistema costarricense, es necesario hacer una diferencia: la renuncia que cualquiera de los cónyuges haga durante el matrimonio y mientras éste se encuentre vigente, no tiene consecuencia alguna, puesto que, como se sabe, cada consorte es dueño; administra, goza y dispone de sus bienes como si estuviera casado; de suerte que, aunque no existiera

la renuncia, el otro no tiene impedimento alguno para ejercer aquellos derechos aún con respecto a los bienes que, a la disolución del vínculo o al declararse la separación judicial, deban considerarse comunes según la Ley. (Artículo 40 del Código de Familia).

La renuncia hecha durante el matrimonio, si adquiere caracteres importantes al disolverse el vínculo, y la que se haga con posterioridad a este último acontecimiento, porque, entonces, sí se hace efectiva en beneficio del otro cónyuge. Surge, aquí, la cuestión relativa al perjuicio que la renuncia a los gananciales puede acarrear a los terceros que sean acreedores del cónyuge renunciante. En nuestra legislación no está contemplada en forma expresa la situación planteada, pero puede aplicarse perfectamente el principio de que ninguna renuncia a un derecho puede ir en perjuicio de terceros y éstos pueden ejercer perfectamente las acciones que al respecto les están permitidas en la Ley, máxime si se toma en cuenta que la jurisprudencia ha estimado que la renuncia de gananciales equivale a una donación (37), en cuyo caso, también puede aplicarse el artículo 1402 del Código Civil de Costa Rica que al respecto dice: "Los bienes donados responden de las obligaciones del donador, existentes al tiempo de la donación, en cuanto no basten a cumplirlas los bienes que se reserve o adquiera después el donador". De igual modo, y aunque la renuncia no se estimara como donación, -tal y como lo hace la jurisprudencia anterior-, creemos que los acreedores podrían ejercer la acción contemplada en el artículo 715 del Código Civil, el cual, los autoriza para ejercer todos los derechos y acciones del deudor.

Sobre la antigua legislación española (hoy reformada) comentada por Don Manuel Albaladejo y en la cual se contemplaba, expresamente, la limitación que, con respecto a los terceros, tenía la renuncia de gananciales, dice este autor: "Y tal renuncia debe hacerse constar por escritura pública cuando haya terceros a los que pudiera perjudicar (antiguo art. 1394)". "Los acreedores tendrán el derecho a pedir al Juez que, hasta que sea ne-

cesario para cubrir sus créditos, se estime como no hecha la renuncia."(38)

Entonces, puede afirmarse que cualquiera de los cónyuges puede válidamente renunciar a los gananciales durante el matrimonio, o bien, después de su disolución, tal y como lo autoriza el artículo 41 del Código de Familia, (en este aspecto así reformado por Ley Nº 5895 de 23 de marzo de 1976) en el cual, dice, su último párrafo: "Se permite renunciar, en las capitulaciones matrimoniales o en un convenio que deberá hacerse en escritura pública, a las ventajas de la distribución final". Pero, repetimos, en nuestro criterio tal renuncia queda sometida a las limitaciones respecto al perjuicio que pudiera causar a terceros.

Mázeaud comentando la legislación francesa dice: "El artículo 1504 prevé el caso en que cada uno de los esposos renuncie a la partición de los gananciales del otro. El régimen de partición en los gananciales se liquida entonces como un régimen de separación de bienes puro y simple: cada uno de los esposos conserva sus bienes propios y sus gananciales y queda obligado por sí solo por las deudas que haya contraído." (39)

De acuerdo a lo anterior, en nuestro criterio también, cuando se renuncia a las ventajas de la distribución final (renuncia de los gananciales) el no renunciante pasa a ser el único titular de lo que se puede considerar masa ganancial. Asimismo, cabe -aunque el Código de Familia no diga nada- la renuncia parcial, es decir, solamente a uno o algunos de los bienes gananciales.

Es conveniente hacer notar que, de acuerdo con el artículo 37 del Código de Familia, las capitulaciones pueden otorgarse durante el matrimonio y por lo tanto, como ya vimos anteriormente, de acuerdo al artículo 41 de ese Código, en tal contrato también puede verificarse o constataarse la renuncia a los gananciales, la cual no perjudicará a terceros, sino, hasta que se cumplan los requisitos de esa misma disposición legal (art.37) para la validez y eficacia de las capitulaciones.



## PERDIDA DE GANANCIALES.

La pérdida de los gananciales ha sido instituida por diversas legislaciones como una sanción pecuniaria para el cónyuge que haya obrado de mala fe con respecto al matrimonio declarado nulo o bien, que haya dado lugar al divorcio o separación judicial.

La primera de las formas (seguidamente descritas) por las cuales se pierde el derecho a gananciales es más común en la doctrina y legislaciones, mientras que las dos últimas formas son extrañas, y debe tenerse presente que, por tratarse de una sanción, la interpretación de la Ley debe ser restrictiva.

## PERDIDA DE GANANCIALES POR RAZON DE NULIDAD DE MATRIMONIO.

Debe adelantarse, como cuestión previa y lógica, que la pérdida del derecho a los gananciales con ocasión de la nulidad del matrimonio tiene lugar, en las legislaciones que la instituyen, cuando existe mala fe de parte de uno o de ambos cónyuges; en caso contrario, la norma general es que el asunto de la liquidación de los bienes adquiridos durante la unión ilegal se resuelve, como si el matrimonio fuera legalmente válido, y por lo tanto, se aplican los principios generales a que se ha hecho referencia en páginas anteriores, tomando en cuenta el régimen escogido por los cónyuges o, aplicando en su caso, el sistema supletorio en caso contrario.

El asunto adquiere importancia cuando alguno de los consortes ha actuado de mala fe o, incluso, cuando ambos han incurrido en la misma falta.

Examinado la legislación costarricense, encontramos que el artículo 121 del antiguo Código de 1841, disponía: "existiendo la buena fe sólo por

parte de uno de los esposos, el matrimonio no produce los efectos civiles sino en favor de éste..." Por su parte, el Código Civil de 1888, en su artículo 98, y respecto al matrimonio nulo, prescribía: "Si la buena fe ha estado sólo de parte de uno de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto a él... y las consecuencias que éste Código fija en perjuicio del cónyuge que obró de mala fe". De suerte que, con fundamento en las diversas disposiciones de los códigos costarricenses, muy similares por cierto, no podría llegarse a la conclusión de que el cónyuge que obró de mala fe en su matrimonio declarado nulo, pierde el derecho a los gananciales, porque como se repite, se trata de una sanción que debe estar prevista en forma expresa en la ley sin que sea correcto derivar o suponer una que no lo esté. Confirma aún más, la tesis precedente el hecho de que el artículo 68 del Código de Familia, refiere que "Lo dispuesto para el divorcio y la separación judicial se observará también respecto a la nulidad del matrimonio en cuanto fuera aplicable..." y en los capítulos relativos al divorcio o la separación judicial, quedó eliminada en el nuevo estatuto la sanción por lo cual el cónyuge declarado culpable de divorcio o separación judicial, perdía el derecho a los gananciales procedentes de los bienes del otro. Algunos Códigos -el español por ejemplo-, privan expresamente al cónyuge de mala fe de su derecho a los gananciales. (40)

Esta solución que en nuestro criterio algunos proponen erróneamente para nuestra legislación, no puede aplicarse por cuanto, como ya se dijo, no hay un texto legal expreso que contenga tal sanción.

Otro ejemplo, en el Código Civil Panameño de 1917, y con respecto a la nulidad del matrimonio, dispone en su artículo 1196: "... El cónyuge que por su mala fe hubiere sido causa de la nulidad, no tendrá parte en los bienes gananciales".

Pero en esta disposición del Código Civil de Panamá, encontramos una pequeña dificultad: ¿qué ocurre con los bienes gananciales cuando ambos cónyuges han obrado de mala fe?

La legislación mexicana -analizada por Rojina Villegas-, tiene una solución muy interesante: "De aquí, que el artículo 201 -dice este autor-, disponga que el consorte que hubiere obrado de mala fe no tendrá parte en las utilidades, aplicándose éstas a los hijos, y , si no los hubiere, al cónyuge inocente. En el supuesto de que ambos consortes hubieren procedido de mala fe, las utilidades se aplicarán a los hijos y si no los hubiere, se repartirán en proporción a lo que cada cónyuge llevó al matrimonio(Arts.201 y 202)". (41)

Pareciera que dentro de las legislaciones que preveen la pérdida de gananciales para el cónyuge que ha obrado de mala fe en el caso de nulidad de matrimonio o cuando los dos lo han sido, la solución propuesta por la legislación mexicana es la que mejor concilia en nuestro criterio los intereses de la familia y de los mismos consortes; pero, en todo caso, cabe insistir que, sea cual sea la solución, la pérdida de los gananciales se ha estimado como una sanción, y que por lo mismo requiere texto expreso en la Ley.

Asimismo existen, opiniones contrarias respecto a que la mala fe de uno de los cónyuges en la nulidad del matrimonio, sea motivo suficiente para que se pierda su derecho a las ganancias. Entre ellas, es interesante el comentario de Cirilo Pavón, criticando un proyecto de ley con respecto a la legislación argentina. Dice este autor: "Con relación al proyecto de García Goyena en las expresiones "el cónyuge que hubiere obrado de mala fe, no tendrá parte en los gananciales", que nuestro código no las ha incorporado a sus normas, pensamos que el criterio de éste es mejor porque, si bien es cierto que ha obrado de mala fe, debe, sin embargo, tenerse presente que, si hay ganancias, ha contribuido con su trabajo personal y ha manejado cuidadosamente el patrimonio, desde que si así no hubiese sido, no existirían bienes de esa naturaleza, que representan un aumento del patrimonio de la familia, porque no se habría ganado. Además, el cónyuge de mala fe que obra así, lo hace generalmente impulsado por

una gran afección hacia el de buena fe, que impide su reflexión, e inspirado en sentimientos nobles en lo que se refiere a la constitución de la familia." (42)

Pareciera que el legislador costarricense ha mantenido criterio similar al expuesto en la cita precedente al no consignar en ninguno de los códigos en forma expresa la pérdida de ganancias, como sanción para el cónyuge que ha actuado de mala fe con respecto al matrimonio declarado nulo. Estimamos, que la tesis ha sido acertada y ha respondido al modo de vida de la sociedad costarricense. No tenemos información de que tal circunstancia se haya discutido en nuestros Tribunales, y por lo tanto, no se ha producido jurisprudencia al respecto. Pero se podría aventurar la afirmación de que ésta sería contraria a la pérdida de los gananciales por parte del consorte de mala fe. Veamos algunas razones: realmente la mala fe con respecto al conocimiento que uno de los cónyuges tenga de un impedimento para contraer matrimonio, generalmente es totalmente independiente y no afecta la colaboración, el esfuerzo común y el mutuo auxilio, que ambos deben brindarse durante la vida matrimonial para producir bienes que, de acuerdo con la Ley, deben considerarse comunes a la disolución del vínculo. Finalmente, cabe analizar la situación de las capitulaciones matrimoniales con respecto al matrimonio declarado nulo. ¿Serán también nulas o surtirán efecto con respecto al cónyuge que ha actuado de buena fe?

En presencia del artículo 66 del Código de Familia, por el cual el matrimonio declarado nulo o anulado produce todos los efectos civiles en favor del cónyuge que obró de buena fe y de los hijos, las capitulaciones deberán surtir asimismo todos sus efectos en favor del consorte inocente, de los hijos y de los terceros de buena fe.

Pero, todavía, queda otra problemática: ¿qué ocurre cuando los dos cónyuges han obrado de mala fe? Aunque el Código de Familia no lo dice en forma clara, cabe afirmar que la solución con respecto a los hijos es

la misma; pero, con respecto a los cónyuges, pareciera que la solución más acertada es que la nulidad también alcance a las capitulaciones y la liquidación de bienes se resuelve, entonces, como si estas no hubieran existido, todo sin perjuicio de terceros que hayan derivado algún derecho del contrato matrimonial y que, desde luego, estén amparados por la buena fe.

#### PERDIDA DE GANANCIALES COMO MOTIVO DE DIVORCIO O SEPARACION JUDICIAL.

La pérdida de gananciales como sanción legal para el cónyuge declarado culpable de divorcio o separación judicial es la excepción dentro de la doctrina y legislación extranjera.

El artículo 156 del Código General de Costa Rica de 1841, sancionaba con la pérdida de los gananciales a la mujer que hubiera dado lugar al divorcio por adulterio y, con respecto al marido, cuando la causa de la disolución del vínculo fuere la negativa de proporcionar alimentos a su familia.

Nótese que la sanción era muy restringida y sólo contemplaba un caso grave para cada consorte dentro de la organización de la sociedad conyugal regulada por ese código, que también colocaba a la mujer en un plano de desigualdad jurídica con relación al hombre.

En cambio, el Código Civil de 1888, que derogó al anterior, en su artículo 90, disponía: "En caso de divorcio o separación de cuerpos que no sea voluntaria, el cónyuge culpable pierde su derecho a los gananciales que procedan de los bienes del otro cónyuge."

Ahora bien, lo peor de todo, es que el citado artículo 90 ha sido interpretado por los Tribunales costarricenses en reiterada y abundante jurisprudencia, en el sentido de que el cónyuge declarado culpable en el

divorcio o en la separación judicial, pierde el derecho a los gananciales que procedan no sólo de los bienes exclusivos del cónyuge inocente, como sería la interpretación correcta, sino la mitad de aquellos que éste haya adquirido a título oneroso durante el matrimonio y que, de acuerdo con la Ley, deben considerarse comunes al disolverse el vínculo o declararse la separación judicial "...lo que el cónyuge culpable de un divorcio pierde es su derecho a gananciales en los bienes adquiridos por el otro cónyuge durante el matrimonio y, además, la mitad de los bienes a título oneroso que el mismo hubiera adquirido durante la unión conyugal..." (43)

Sin embargo, la interpretación hecha por los Tribunales costarricenses, no parece la más acertada de acuerdo con el texto de la misma norma. Es interesante transcribir, íntegramente, el comentario que al respecto nos ofrece Don Alberto Brenes Córdoba y del cual puede deducirse la posible interpretación desafortunada que, de parte de la jurisprudencia, ha tenido el artículo 90 del Código Civil de 1888. Dice Brenes Córdoba: "De especial manera y a modo de sanción por el quebranto del deber matrimonial, dispone el Código (art.90), que en caso de divorcio o separación de cuerpos que no sea voluntaria, el cónyuge culpable pierde su derecho a los gananciales que procedan de los bienes del otro cónyuge."

"Pero esa disposición sólo ha podido tener efecto con referencia a los matrimonios contraído bajo el régimen de la legislación anterior a la de 1888 que contenía la institución de la sociedad conyugal, porque, con arreglo a ésta, los gananciales procedentes de los bienes exclusivos de cada cónyuge se consideraban gananciales de la sociedad y por lo mismo eran distribuibles por igual entre las partes una vez disuelto el matrimonio. Pero en cuanto atañe a los matrimonio celebrados de acuerdo con las disposiciones del Código Civil vigente, -se refiere al de 1888- sólo podría tener aplicación la pérdida de gananciales en el supuesto de que, mediante capitulaciones, se hubiera establecido sociedad en cuanto a ellos; porque en los casos corrientes en que faltan tales capitulaciones, no pue-

de haber gananciales en las condiciones que la Ley supone." (44)

La cita de Don Alberto Brenes Córdoba de la legislación anterior, se refiere al artículo 971 del Código General de 1841, por el cual, se estimaban bienes gananciales incluso los frutos y rentas de los bienes que cada consorte llevó al matrimonio y de los que durante él adquirieran por herencia, legado, donación o cualquier otro título. Con excepción de este último caso, todos esos bienes no forman parte de la comunidad, ni se distribuyen por igual entre los cónyuges, de acuerdo con la legislación vigente ni con las disposiciones del Código de 1888. Incluso, se ha dicho que es dudoso que los frutos ingresen en la comunidad, como sí lo prescribe expresamente la legislación de 1841 y por lo mismo Brenes Córdoba indica que, únicamente, en el caso de que hubieren capitulaciones matrimoniales y que éstas incluyeran las rentas y frutos en la comunidad, podría interpretarse el artículo 90 citado, como lo hace la jurisprudencia costarricense, pero, única y exclusivamente, con respecto a los frutos de los bienes privativos de cada cónyuge, y no con respecto a la totalidad de los que se hayan adquirido a título oneroso durante el matrimonio, llevando de este modo al extremo, y por vía de interpretación, la sanción pecuniaria para el cónyuge culpable de divorcio o separación:

Consideramos muy acertada la observación hecha por Brenes Córdoba, máxime si se toma en consideración que el precitado artículo 90 se refiere a la pérdida de los gananciales "que procedan de los bienes del otro cónyuge". Y, ¿cuáles son los bienes del otro cónyuge?. Desde luego no son otros que aquéllos que la propia Ley (art.77 del Código Civil de 1888) excluye de la comunidad y los considera privativos de cada cónyuge, porque los demás, o sea, aquéllos que al decretarse el divorcio o declararse la separación judicial se consideran comunes, ya no serán propiedad de uno de los consortes al ocurrir uno u otro evento, sino que cada cónyuge tiene un derecho a la mitad, porque no es sino hasta que haya sentencia firme que nace la comunidad de los bienes prevista en la Ley, sin impor-

tar que éstos se encuentre a nombre de uno u otro consorte, y es, también, en ese momento cuando se determina cuál de los consortes es el culpable. Sería erróneo pensar que un bien determinado, por el simple y circunstancial hecho de encontrarse a nombre del cónyuge inocente, hiciera que el culpable pierda el derecho a gananciales, después de haber contribuido decisivamente en su adquisición, con su trabajo, y colaboración por largos años.

Finalmente, y como ya se indicó con respecto a la nulidad del matrimonio, no existe motivo que justifique la pérdida de gananciales como sanción para el cónyuge culpable de divorcio o separación judicial, por ser ésta una circunstancia muchas veces aislada y que, generalmente, responde a un momento de incertidumbre y confusión que puede ser, en nuestro criterio, perfectamente excusable, si se compara con los largos años de trabajo, colaboración y mutuo auxilio entre los esposos, que dieron como resultado un capital al que, por derecho propio, ambos tienen participación, independientemente de las faltas o errores humanos que pudieron haber dado lugar a la disolución del matrimonio.

Hay que tomar en consideración, además, que la culpabilidad de uno de los consortes, aunque sea judicialmente declarada, puede tener una causa oculta, en la cual, bien pudo haber tendido mucha responsabilidad el cónyuge reputado como inocente.

Por todo ello, estimamos como acertada la decisión del legislador costarricense al eliminar en el nuevo Código de Familia la sanción contenida en el artículo 90 del Código Civil de 1888, por la cual, el cónyuge culpable de divorcio o separación, perdía el derecho a participar en los gananciales.



NOTAS.

CAPITULO VI

- 1- ALBALADEJO GARCIA, M. Op. cit. Pág. 75
- 2- CASTAN TOBEÑAS, J. Op. cit. Pág. 340
- 3- VIDAL TAQUINI, Carlos. El Régimen de los bienes en el matrimonio. Editor Zavalla. Buenos Aires. 1971. Pág. 246
- 4- MAZEAUD. Op. cit. Pág. 685 - En igual sentido Albaladejo. Op. cit. Pág. 203 (Edición 1982)
- 5- FUEYO LANIERI. Op. cit. Pág. 312 - cita de Alessandri-
- 6- VAZ FERREIRA. Op. cit. Pág. 28
- 7- VIDAL TAQUINI. Op. cit. Pág. 119
- 8- GROSMAN, Cecilia P. Los Convenios de la Liquidación de la Sociedad Conyugal. Editorial Abaco, Buenos Aires. 1976. Pág. 18
- 9- BALLESTER GINER, Eladio. Régimen de Participación (ensayo). Imprenta Peris. Valencia. 1980. Pág. 10
- 10- LACRUZ BERDEJO, José Luis.. La reforma del Régimen Económico del Matrimonio. Anuario de Derecho Civil. Año 1979. Abril-Setiembre. Fasc. II y III.
- 11- RAUCENT, León. Les Regimes Matrimoniaux. Labay Libraire Editeur S.A. Bruxelles 1978. Pág. 513
- 12- MAZEAUD. Op. cit. Pág. 683
- 13- MAZEAUD. Op. cit. Pág. 708
- 14- V. Sentencias.  
Cas. Nº 145, 1959, II Semestre. II Tomo. Pág. 1351  
Cas. Nº 102 de 6 de setiembre. II Semestre
- 15- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Editorial Nacimiento. Santiago de Chile, 1963. Pág. 229
- 16- CANO TELLO. Op. cit. Pág. 63 (cita que hace de Manersa. Op. cit. Pág. 612)

17- V. Sentencias.

Cas. 29 julio 1942, II Semestre, I tomo, Pág. 625

Cas. Nº 110, 1965, II Semestre, I tomo, Pág. 578

Cas. Nº 95, 1966, II Semestre, II Tomo. Pág. 513

18- V. Sentencia.

Cas. Nº 30, 1957, I Semestre, Tomo Único, Pág. 536

19- V. Sentencia.

Sala 2ª Civil. Nº 305 de 9 de octubre de 1973.

20-SOMARRIVA. Op. cit. Pág. 221

21- CANO TELLO , C. Op. cit. Pág. 65

22- CANO TELLO , C. Op. cit. Pág. 65

23- V. Sentencia.

Cas. de 26 de abril de 1950. I Semestre. I tomo, Pág. 223

24- Acta de la Sesión Plenaria de la Asamblea Legislativa Nº 68, celebrada el 10 de octubre de 1973. Pág. 24

25- V. Sentencia

Cas. Nº 101, 1959. I Semestre, I tomo, Pág. 664

26- V. Sentencias.

En igual sentido: Cas. Nº 133. 1959, II Semestre, II tomo, Pág. 1137

Cas. Nº 110. 1965. II Semestre. I tomo, Pág. 578

Sala 1ª Civil. Nº 244 de 4 de agosto de 1972

27- V. Sentencia.

Cas. Nº 94. 1963. II Semestre. II Tomo. Pág. 552

28- FASSI, Santiago. y BOSSERT, Gustavo. Sociedad Conyugal. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1977. Pág. 468

29- PAVON, Cirilo. Tratado de la Familia en el Derecho Civil Argentino. Editorial Ideas. Buenos Aires. 1946. Tomo II. Pág. 333

30- CANO TELLO. Op. cit. Pág. 92

31- LACRUZ BERDEJO - SANCHO REBULLIDA. Op. cit. Pág. 267

32- VARGAS SOTO, Francisco Luis. Manual de Derecho Sucesorio Costarricense. Tomo I. Imprenta Lil S.A.. San José. 1981. Pág. 137.

33- V. Sentencia.

Sala 2ª Civil. Nº 179 de 10 de julio de 1973.

34- V. Sentencias.

Cas. de 21 de marzo de 1941. I Semestre, Tomo Único, Pág. 173

En igual sentido: Cas. del 14 de abril de 1944. I Semestre, Tomo Único, Pág. 413

35- DELGADO ECHEVERRIA. Op. cit. Pág. 342

36- V. Sentencia.

Sala 1ª Civil. Nº 86 del 13 de abril de 1973

37- V. Sentencia.

Cas. de 8 de agosto de 1938, II Semestre, I tomo, Pág. 1443

38- ALBALADEJO GARCIA. Op. cit. Pág. 100

39- MAZEAUD. Op. cit. Pág. 708

40- Art. 1395 del Código Civil Español. Reforma de 1981.

41- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Antigua Librería Robredo. México 1949. Tomo II, Vol. I. Pág. 465

42- PAVON, Cirilo. Op. cit. Pág. 309-310

43- V. Sentencias.

Sala 2ª Civil. Nº 222 de 27 de junio de 1974

En igual sentido. Cas. de 1 de agosto de 1947, II SEmestre, Tomo I. Pág. 678

Sala 1ª Civil. Nº 233 del 10 de agosto de 1974.

44- BRENES CORDOBA, A. Op. cit. Pág. 156.

## CAPITULO VII

## CAPITULO VII

### CONSECUENCIAS PATRIMONIALES DE LA CONVIVENCIA.

En Costa Rica, como en otros países, las uniones libres, o las uniones de hecho, como se quieran llamar, obedecen a costumbres ancestrales, razones culturales, geográficas económicas. No obstante, hay otro tipo de influencias (Religiosas, morales, políticas, etc.) que determinan la no regulación jurídica de ésta inocultable manifestación de la vida social que es la convivencia. En Costa Rica, la convivencia de una pareja no formalizada mediante el matrimonio civil o eclesiástico, no produce efectos de ningún tipo para los convivientes: ni personales ni patrimoniales. Esta situación provoca en la pareja que convive un marginamiento jurídico que conduce a graves injusticias. Particularmente para la mujer, -opina la Lic. Odio Benito- "su condición de concubina le acarrea menosprecio social, y carencia total de derechos que la amparen frente a un eventual abandono, o bien, a la muerte de su compañero." (1)

En Costa Rica, según los datos del último censo del año 1973, (2) convivían en uniones libres 87.532 personas. Esto, quiere decir, que ese año existían aproximadamente, 42.000 familias cuya situación jurídica no estaba comprendida en la regulación que el Código de Familia le da al matrimonio, no cabe duda la importancia de analizar tan importante problema social en este trabajo.

### LA UNION DE HECHO.

Las consecuencias patrimoniales de la convivencia son el punto más interesante y de mayor aplicación práctica en este tipo particular de relación. Sin embargo, antes de comenzar a estudiar éstas consecuencias o

efectos patrimoniales, es importante tener alguna noción de lo que se entiende por unión de hecho, también conocida como unión conyugal libre o simplemente como convivencia. Para otros sencillamente "concubinato".

Para el Código de Familia Boliviano (Artículo 158): "se entiende haber unión libre o de hecho cuando el varón y la mujer, voluntariamente, constituyen hogar y hacen vida en común en forma estable y singular...".

En Costa Rica, el Proyecto de Ley llamado "de la Convivencia", en vía de trámite por la Asamblea Legislativa, dice en su artículo 229: "Se considera convivencia con eficacia jurídica, la unión de hecho, cuando el varón y la mujer con capacidad de actuar para contraer matrimonio y legitimación para concluirlo, constituyen un grupo familiar voluntariamente, haciendo vida en común en forma pública, continua y singular, por un período no menor de dos años."

Estimamos, que habrá consenso si convenimos en señalar que esa convivencia marital, unión libre o concubinato de una pareja, se puede tipificar por lo siguiente:

- 1- La voluntad o consentimiento de convivir.
- 2- Libertad de estado, o sea, la ausencia de un vínculo matrimonial con otra persona.
- 3- Capacidad de actuar y legitimación de la pareja.
- 4- Permanencia, estabilidad y singularidad de la unión.
- 5- Ausencia de solemnidades constitutivas del matrimonio.

Rodière -citado por García Cantero-, caracteriza el concubinato por tres elementos: "1- La comunidad de vida, de habitación y de techo, 2- La existencia de relaciones sexuales, y 3- cierta duración de la unión." (3)

Otro autor -Ortiz Urquidí- nos dice: "Podemos afirmar que los tres elementos de hecho, consistentes en la unión, convivencia y trato sexual continuado de un solo hombre con una sola mujer, exigen el cumplimiento de las siguientes condiciones: singularidad -unión de un solo hombre con una sola mujer-; estabilidad y notoriedad -convivencia formando un hogar-;

y permanencia -trato sexual continuado y no esporádico-, ya que sin dichas condiciones tales elementos jamás podrán ser constitutivos del matrimonio." (4)

En nuestro criterio la convivencia se distingue del matrimonio, únicamente, por la ausencia de solemnidades civiles y religiosas que no se cumplieron. Todos los demás elementos se dan en ambas figuras y, básicamente, el elemento voluntad (de convivencia y cohabitación) es idéntico.

Lo anterior no lo confirma García Cantero cuando dice: "El concubinato se distingue del matrimonio por la ausencia de toda celebración oficial." (5)

Casi en igual sentido Josseland nos dice: "El matrimonio no corre el peligro de confundirse con el concubinato, con la unión de hecho: se dispone, para establecer la distinción, de un criterio simple e infalible: La observancia, por los interesados, de las formalidades instituidas por la Ley para la conclusión del matrimonio." (6)

Hasta hace un tiempo había autores (y los siguen existiendo aunque ya son pocos) que eran enemigos de una regulación legal de la unión de hecho. Baste con citar a Valverde, que opinaba: "Un daño que amenaza al matrimonio, es actualmente el concubinato, a quien se ha bautizado hoy con el nombre de unión libre, y que, desgraciadamente, es muy frecuente. Estas uniones de hecho mantenidas sin formalidad alguna, generalmente constituidas con mujer de condición social inferior, representa la exaltación del egotismo del hombre que no quiere otra cosa que la satisfacción de sus necesidades sexuales, sin deberes ni responsabilidades de ningún género." (7) El mismo autor, dice: "Este fin, que es la conservación de la especie, al que hay que agregar el mutuo auxilio de los esposos, no puede tener debido cumplimiento en la vida humana sin el matrimonio, pues es sabido, que las uniones libres y extramatrimoniales conducen a la extinción paulatina de la especie humana y a la degeneración, empobrecimiento y degradación de la raza." (8)

Sin embargo, hoy las cosas no se pueden ver de la misma manera, pues

con inhibirse ante un hecho tan frecuente no se impide su existencia, ni se disminuye su uso, y por otra parte se desampara y con ello se perjudica intereses de alguna de las partes o de terceros.

Otros autores más modernos manifiestan todo lo contrario. Por ejemplo, Puig Peña dice: "Pero es más maduro reflexionar, un pensar más detenido, puede llevar, sin embargo, a considerar lícito un cierto temperamento de equidad en trance de una humanitaria y justa defensa de intereses dignos de protección. Pues, quiérase o no, al amparo y como consecuencia de esas uniones imperfectas, pueden surgir situaciones y estados que un sentimiento noble no rechaza y que una más justa política legislativa no puede silenciar." (9).

Otro autor, (Brugi) nos dice: "Es necesario, en interés de la mujer hecha madre y, sobre todo, de los hijos, regular ciertas relaciones que dimanen de la unión sexual fuera del matrimonio, tanto más en el derecho moderno." y agrega, "Basta que la relación afecte al derecho para que sea jurídica".(10)

Lo dicho por estos dos últimos autores es aplicable a Costa Rica, pues, como ya se dijo anteriormente, lo que existe es un proyecto de Ley en los archivos de la Asamblea Legislativa; no hay interés por hacer realidad una Ley tan importante, ante el temor a la crítica de la sociedad costarricense, muy tradicional frente a problemas como éste.

En América Latina, dice la Lic. Odio Benito, leyes, jurisprudencia y autores, pertenecen mayoritariamente a esta misma posición (se refiere al no reconocimiento de la unión de hecho). Los argumentos utilizados para fundamentarla parten de la base de que se trata -referida a los concubinos- de una situación inmoral, contraria al orden público y las buenas costumbres. Agrega, "que lo mismo se encuentra reflejado en el derecho español, que bajo la influencia del derecho canónico, le niega efectos a la convivencia".

Y sigue diciendo: "Con todo, las peculiares condiciones culturales,



económicas, políticas y hasta geográficas de nuestra América, han impuesto la necesidad de legislar sobre esa manifestación de la vida social muy usual en nuestros países, que es el concubinato, la unión libre o la familia de hecho. De esta suerte, Bolivia, Cuba, Guatemala, Honduras, México y Panamá, han legislado ya sobre la materia." (11)

Veamos, en relación con lo expuesto, particulares criterios que contienen algunas legislaciones:

BOLIVIA: En la Constitución del 24 de noviembre de 1945 (art. 131, 2º párrafo), se reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias dadas las condiciones que el propio texto indicaba. En el Código de Familia de 1972 (arts. 158 y 159), se atribuyen a las uniones de hecho, efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales, como patrimoniales de los convivientes.

CUBA: La constitución de 5 de julio de 1940 (art. 43, párrafo 6), disponía la facultad de los Tribunales de equiparar la unión de hecho con el matrimonio civil, aduciéndose, "razón de equidad". El Código de Familia de 1975 (arts. 18 y 19), regula sobre la formalización o el reconocimiento judicial de la unión de hecho, equiparándolo al matrimonio formalizado.

GUATEMALA: También aduciéndose razones de equidad, la Constitución de 11 de marzo de 1945 estableció la equiparación entre el matrimonio civil y la unión de hecho. El artículo 89 de la Constitución de 1956 se limita a disponer que la Ley determina lo relativo a las uniones de hecho. Como consecuencia, de la primera de las citadas disposiciones constitucionales, se dictó en 1947 el Estatuto de las Uniones de Hecho.

HONDURAS: La Constitución de 1957 (art. 101), reconoce el matrimonio de hecho.

MEXICO: El Código Civil Federal de 1928 reconoce extensos efectos al concubinato.

PANAMA: La Constitución de 1972 (art. 53) equipara las uniones de hecho con el matrimonio formalizado.

## SITUACION DE LOS BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA CONVIVENCIA.

"Una de las cuestiones de mayor interés que se presenta con motivo de las uniones matrimoniales de hecho es la relativa a la condición y destino de los bienes adquiridos durante la vigencia de tal unión, que puede prolongarse tanto, como en los casos de los matrimonios más duraderos. Al disolverse la unión por muerte de uno de los partícipes, o por simple ruptura, es preciso resolver sobre los derechos de cada cual. Y es aquí, donde cabe la pregunta. ¿Habrá liquidación o no; La mujer podrá demandar al varón, o sus herederos, alegando partición igualitaria?. Qué principios habrán de privar, ¿éstos, de la unión marital de hecho, o los de la sucesión hereditaria, conforme a los principios generales?." (12)

El Código de Familia costarricense no establece disposiciones legales a la convivencia, pues, tradicionalmente, y siguiendo un criterio muy general, se ha considerado que ésta relación no engendra derechos ni obligaciones recíprocas. En consecuencia, tampoco hay regulación al respecto. Salvo -como luego veremos- un cambio posterior donde por jurisprudencia se le ha reconocido efectos patrimoniales a esta unión.

Por otra parte, algunos sectores del ordenamiento estatal comenzaron a regular, con cierta timidez, aspectos de la convivencia, creando determinados efectos de orden patrimonial en prestaciones de seguridad social, cuales son: A- Caja Costarricense de Seguro Social, 1- Reglamento de Invalidez, Vejez y muerte. (Concede a la viuda del asegurado o compañera una pensión). 2- Reglamento del Seguro de Enfermedad y Maternidad. (La compañera tiene derecho a atención médica). B- Ley de pensiones e indemnizaciones de guerra. Esta actitud del legislador que admite efectos a la convivencia, en materia de prestaciones sociales, necesariamente ha de extenderse o aplicarse también a la creación de disposiciones que regulen los aspectos patrimoniales (bienes comunes y derechos sucesorios); y el derecho de pensión alimenticia, normando la convivencia como hecho

causal de una familia.

Hasta hace poco, la posición tajante a este respecto que tenían los Tribunales costarricenses era muy clara, y justificaban su posición generalizadora y categórica en la siguiente forma: (Casación Nº 60 de 27 de junio de 1973):

"Sería desconocer las disposiciones legales referentes al matrimonio como base esencial de la familia y fundamento de la sociedad, al amparar SIN UNA LEY EXPRESA QUE LO DISPONGA, pretendidos derechos o situaciones jurídicas que evidentemente se vinculan a relaciones de concubinato y que se reclaman porque surgieron de esas relaciones, que no existirían sin la barraganería." (13) La sentencia por sí misma es clara, aunque no se sepa que quiso decir la Sala de Casación con la última palabra, que, en nuestro criterio, fue empleada como una expresión despectiva, sin meditar mucho lo que se quiso decir con ella. Morales Guillen dice : "Barraganía, según la Partida 4ª t. 14, Ley 1, es unión de soltero y soltera, llamada barragana, para distinguirla de la casada". (14)

En la convivencia -como resultado de no haber matrimonio formal- no hay régimen matrimonial. No obstante, ha existido vida en común con todas las características del matrimonio; y dentro de ésta vida en común seguramente se han confundido las economías privadas de los convivientes, es decir, los hechos los han llevado a mezclar sus intereses pecuniarios y por lo tanto, al término de la convivencia, será necesario determinar la suerte de los bienes que se hubieren generado durante la misma.

En ausencia de un régimen legal que regule esta situación, la jurisprudencia -en los países que no cuentan con una regulación sobre ésta materia- se ha dirigido hacia las sociedades, admitiendo a veces la existencia de una asociación en participación; otras veces, la de una sociedad de hecho, aunque la tendencia actual se muestra muy exigente respecto a la aplicación de estas ideas. Otras veces, se ha fallado sobre otros principios, como luego veremos.

Al hablar de la división de los bienes en la convivencia, hay que definir, previamente, varios problemas.

En primer lugar, hay que determinar la existencia de la convivencia, tal como la hemos concebido. Es necesario también determinar la existencia de bienes habidos durante la unión y, por último, hay que determinar qué derechos, cómo y en qué proporción, tienen los convivientes en esos bienes.

"Si, por el transcurso del tiempo y mediante la prescripción, puede el mero poseedor de buena fe adquirir el derecho pleno y título de dominio sobre la cosa poseída. No hay razón que impida aplicar pari sensu, igual principio a un estado de hecho, como es el concubinato, en las relaciones de la familia, para convertirlo en estatus de derecho mediante ciertas condiciones, en vez de ignorarlo y consentir las injusticias y abusos que en su nombre se cometen." (15)

#### ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL.

En Costa Rica el criterio que se tenía por parte de los Tribunales era negarle efectos y legitimidad a la unión de hecho. El primer antecedente que nos encontramos, donde se ve un cambio de criterio, se refiere al voto salvado de la Casación Nº 60 de 1973 en la que un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, opina: "La Jurisprudencia de esta Sala, en armonía con las ideas de otra época, se inclinó por negarle legitimidad a la relación concubinaria como origen o causa de una sociedad de hecho... Además, la descalificación del concubinato, como fuente de derechos para la mujer, no debe verse ahora con la rigidez de antaño, pues, aún cuando no sea posible asimilarlo a un vínculo matrimonial, que siempre favorece

a la esposa, aunque ésta no realice ninguna labor dentro del hogar, el concubinato ha venido perdiendo aquellas características de absoluta ilegalidad que lo hacían tan vituperable a los ojos de los Jueces; porque lo cierto es que esa relación ha sido reconocida por algunas leyes, que no han podido ignorar el fenómeno social de tantas uniones de hecho en que el varón y la mujer se vinculan prácticamente, como si fueran esposos. En esas condiciones no debió haberse denegado la demanda por la ilicitud del concubinato. Y como tampoco es indispensable, para admitir la existencia de la sociedad de hecho, que hubiera una voluntad expresa, manifestada por la actora y el señor ....., pues el artículo 1198 del código Civil no tiene esos alcances, ni le niega el valor a la voluntad presunta, que claramente se deriva de los hechos que el Juez y la Sala tuvieron por demostrados, de todo ello, se concluye que los juzgadores infringieron el citado texto legal por falta de aplicación en el presente caso." (16)

El primer caso (donde hay una sentencia) lo conoció la Sala Primera Civil donde se reconoció derechos, a manera de gananciales. Se trataba de una mujer, propietaria de inmuebles, que inició vida marital con un hombre campesino con el que procreó hijos. Al cabo del tiempo la expulsó de su lado, quedándose él con las tierras. La mujer promovió una demanda reivindicatoria que fue acogida, pero disponiéndose a su vez, que el ex-compañero demandado tenía derechos a mejoras generadas en las fincas. Al establecerse el valor de esas mejoras, la Sala lo redujo a la mitad por considerarlas como un producto del esfuerzo común desplegado durante la unión de hecho. Tesis que surgió sin que se alegara la existencia de sociedad de hecho. En la Sala se expuso: ..."Sin embargo, la Sala en consideración que esas mejoras las hizo.... cuando llevaba vida concubinaria con la actora, hace suponer que fueron el resultado de un esfuerzo común... Si esa actividad hubiera sido realizada por una pareja ligada por el vínculo matrimonial, el producto de ese empeño hubiera caído dentro del ré-

gimen de gananciales y hubiera tenido que repartirse por mitades, al disolverse el matrimonio. Con igual razón, a Juicio de la Sala, en el presente caso el valor de esas mejoras debe repartirse por partes iguales, entre actora y demandado, debido a que, como ya se dijo, ellas son el producto de un afán común, en que, para lograrlas, cada miembro de la pareja hizo sus propios sacrificios y puso sus mejores empeños. Por ese motivo, es que el Tribunal de alzada dispone que el monto de las mejoras que la actora debe indemnizar a quien por mucho tiempo fue su mancebo, es la mitad del valor total, en razón de que la otra mitad corresponde a ella..." (Sentencia de Casación Nº 362 de 1977).

Según esta sentencia, esto, no es otra cosa, que aplicar la misma norma, que sobre el derecho de gananciales entre los cónyuges contiene el Código de Familia (artículo 41) porque se estableció el derecho por presunción del común esfuerzo, derivada de la convivencia, sin necesidad de prueba sobre esfuerzo efectivo.

La última sentencia de que tenemos conocimiento donde se le reconocen efectos a la unión de hecho, fué dictada en 1979, donde se dice textualmente: "El derecho del actor deriva de la simple convivencia marital con la demandada.", y agrega, "Que, por existir entre la demandada y el actor una sociedad de hecho, mientras duró su vida en común, el actor tiene derecho a la mitad de la finca..." (17)

Vemos, que esta es la primera vez que se utiliza la sociedad de hecho como posibilidad para darle efectos patrimoniales a la unión de hecho; a continuación analizaremos esta teoría.

Nadie pretende que en el futuro las uniones entre hombres y mujeres se desponjen de las formalidades civiles o religiosas que requiere el matrimonio; por el contrario lamentamos que existan uniones así, pero se debe impedir que se conviertan en fuente de desamparo y de injusticia especialmente para la mujer y a veces los hijos.

Es por ello que, cuando los ordenamientos jurídicos son incompletos, y no ofrecen solución a los problemas de sus sujetos y, por ende, permiten la existencia de injusticias -como sería en este caso el no reconocimiento de estas uniones de hecho-, hay que buscar las soluciones por otros medios. Vamos, pues, a exponer algunas de las soluciones que se han dado al respecto; sin embargo advertimos que soluciones hay muchas, por eso sólo veremos las que en nuestro criterio son más representativas.

#### EXISTENCIA DE UNA SOCIEDAD.

En primer lugar, puede presentarse la existencia de una sociedad creada expresamente por los convivientes y que puede tener el carácter de civil o mercantil. Para la creación de dicha sociedad, no existe ningún impedimento, pues los convivientes tienen plena capacidad para contratar. Si fuera una sociedad civil, se regiría de acuerdo por lo previsto en el Código Civil de los artículos 1196 al 1250; y si se tratara de una sociedad mercantil, se regiría por lo previsto en el Código de Comercio del artículo 17 al 233. En este caso, los bienes que forman parte de dicha sociedad se rigen por las normas legales que reglamentan esos contratos. Ahora bien, la existencia de una sociedad es una posibilidad que tienen los convivientes para arreglar sus asuntos patrimoniales, sin embargo, esta posibilidad es usada rara vez, al menos, en el medio costarricense, donde por lo general las personas que conviven tienen escasos recursos,

o bien, no tienen los suficientes como para que amerite la creación de una sociedad; esto unido a un desconocimiento de las personas no sólo de las consecuencias de la convivencia -donde no hay ningún tipo de protección para la mujer-, como también unido al desconocimiento que se tiene de la Ley, y de la posibilidad que ésta da para crear una sociedad.

### SOCIEDAD DE HECHO.

Si la base económica de la familia surge del patrimonio familiar, existen motivaciones para no desconocer en términos absolutos la posibilidad de que tal patrimonio exista entre quienes -aún no unidos en legítimas nupcias- han formado una familia, y han cooperado, efectivamente, a la formación o acrecentamiento del mismo, surgiendo con ello la idea de comunidad de intereses.

Dice Fueyo Lanieri: "descartado que entre los concubinos haya existido una sociedad de derecho, a lo cual no hay prohibición alguna en la Ley, se presenta el caso de que haya regido una sociedad de hecho, que puede ser regular, si se cumplen los requisitos de fondo, aunque no se hayan practicado solemnidades por innecesarias, o que puede ser irregular, por cuanto es nula como sociedad.

Los autores se fundan, para establecer esta figura, en la necesidad o asociación sobre los bienes que acompañe o complemente, por la naturaleza de las cosas, a la sociedad en lo personal." (18)

Creemos que la posible sociedad de hecho que eventualmente existe entre los convivientes, hallará su base en la conjunción de los elementos constitutivos de toda sociedad, aportes comunes, contribución en las pérdidas y ganancias y también la *affectio societatis*.

En Costa Rica, el Código de Comercio en su artículo 23, dice: "A falta



de escritura social, los terceros interesados podrán acreditar la existencia de la sociedad de hecho y las condiciones bajo las cuales haya funcionado, por todos los medios probatorios comunes. Igual derecho tienen los socios a efecto de comprobar el contrato entre ellos."

Para la doctrina chilena -citada por Betancourt<sup>1</sup> "cuando la ley habla de sociedades de hecho (Arts. 2057 y 2058 del Código Civil; 357, 359, 360 y 361 del Código de Comercio) se refiere a las solemnes, pues no pueden subsistir legalmente, sea por falta de alguna o de todas las formalidades y que degeneran, entre los asociados, en un cuasi-contrato de comunidad. Pero a pesar de este concepto, se establece la distinción entre sociedad irregular de hecho y sociedad regular o perfecta de hecho partiendo para ello de la clasificación de sociedades solemnes y no solemnes o consensuales. Así, vemos que, cuando la sociedad no requiere de solemnidades y concurren los demás requisitos esenciales a ella, se habrá formado entre los concubinos una sociedad perfecta de derecho, nacida de los hechos, nacida del concubinato; sociedad que estará sujeta en todo a las reglas generales de la sociedad." (19)

Para la doctrina francesa -también citada por Betancourt- "al lado de las sociedades estimadas como de hecho -en razón a irregularidades en su constitución- surgen las nacidas de o por los hechos. Ambos son irregulares sin discriminar. Pero, mientras en las sociedades irregulares de hecho . ha debido presentarse un contrato expreso, en las nacidos de o por los hechos hay solamente hechos, operaciones, de donde se deduce un contrato tácito, especialmente uno de los elementos del contrato social: el ánimo de asociarse." (20) A lo anterior agrega García Cantero "que la sociedad entre concubinos -según la jurisprudencia francesa- no puede presumirse de la existencia del concubinato, sino que debe ser probada." (21).

Respecto al affectio societatis, se dice: "Como no puede darse por el solo hecho del concubinato, su presencia debe obtenerse de otras circunstancias, como sería, por ejemplo, la cuenta bancaria a nombre de los

dos concubinos, la correspondencia dirigida a ambos, el que los concubinos estén en un mismo pie de igualdad en la dirección del negocio, etc." (22)

Como ya vimos la sociedad de hecho debe ser probada por quien alega su existencia y conforme a los principios probatorios que rigen al respecto; en Costa Rica, el artículo 23 del Código de Comercio, dice: "por todos los medios probatorios comunes".

Por otra parte, también el Código Civil en su artículo 1198, reconoce la sociedad de hecho, cuando expresa: "Si se formare de hecho una sociedad, sin convenio que le dé existencia legal, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar sus aportes"... Vemos, de esta manera, que no importa si se trata de una sociedad de hecho civil o mercantil, puesto que se podrían dar ambas posibilidades.

#### SOCIEDAD IRREGULAR DE HECHO.

También puede hablarse de una sociedad irregular de hecho cuando se trata de una sociedad solemne, y no se cumple con las solemnidades exigidas por el legislador. En Costa Rica, según el, artículo 22 del Código Mercantil, una sociedad irregular de hecho se da mientras no se hayan efectuado la publicación y la inscripción de la escritura en el Registro Público. Se considera que es válida para los socios, pero no produce efecto alguno en perjuicio de terceros, asimismo, los socios fundadores responden solidariamente a dichos terceros de las obligaciones, que en tales circunstancias se contrajeran a cuenta de la sociedad.

En Costa Rica no se ha planteado ningún caso (que tengamos conocimiento) en el cual se haya expuesto la posibilidad de una sociedad irregular; sin embargo, la jurisprudencia chilena se ha pronunciado al respecto en

la siguiente forma: "Como el concubino quiso separarse, la mujer alegó la existencia de un negocio de zapatería entre ambos, es decir, una sociedad irregular de hecho, ya que faltaban las solemnidades de las sociedades mercantiles. La Corte de Santiago acogió la demanda y declaró que el citado negocio pertenecía a los concubinos. Asimismo, este fallo sentó otro principio interesante, al desechar la alegación formulada por el concubino sobre la ilicitud del concubinato, que, por lo demás, él mismo había cometido." (23)

#### LA COMUNIDAD.

Los Tribunales de algunos países, en donde se han inclinado por la idea de una comunidad para definir la situación de los bienes adquiridos durante la vida en común, se han cuidado de señalar expresamente que ello no es un efecto exclusivo de la convivencia, sino, que es el resultado de la concurrencia de otros factores, como el producto de dicho trabajo, o los aportes que se pueden haber dado, sea en bienes o servicios.

"La existencia de la comunidad de bienes entre concubinos no emana del concubinato, ni de las circunstancias de haber adquirido durante el lapso que hicieron vida marital, sino del hecho de haberse acreditado que los bienes fueron adquiridos con el producto del trabajo realizado conjuntamente." (24)

Para que lo anterior sea así, deben probarse la convivencia, o sea, que se haya vivido permanentemente en tal estado. Ahora bien, la permanencia resulta de un lapso prudencial (por ejemplo, en Panamá, lo fijan en 5 años; en Bolivia, se deja a discreción del Juez la apreciación de las circunstancias para determinar tal extremo; y en Costa Rica un proyecto de ley fija el tiempo en un período de dos años como mínimo), en el cual, se manifiesta la voluntad del hombre de tenerla como única y exclusiva

compañera; y de igual modo la mujer.

Otro aspecto es que la mujer haya contribuido a la formación o aumento del patrimonio. Esta condición de que la mujer haya contribuido a la formación o aumento del patrimonio que surge por lo general a nombre del otro conviviente, señala una marcada diferencia entre la esposa unida en matrimonio y la mujer que se encuentra unida por la convivencia. La primera, por el simple hecho del matrimonio, es comunera de los bienes que se adquieran durante la unión conyugal, dejando a salvo las excepciones previamente establecidas por la Ley, hubiera o no ayudado al marido a levantar el patrimonio y, por tal circunstancia, participa con el derecho en la mitad de los bienes que se adquieren durante la unión conyugal. Por el contrario, la segunda mujer que está unida al hombre por convivencia, para tener derecho a ser comunera en el patrimonio que figura a nombre del varón, necesita probar que ha contribuido al aumento o formación de dicho patrimonio. Y, en realidad, todo viene a ser un problema de pruebas.

Mora Brenes, dice al respecto: "Así, podemos decir que la mujer contribuye en forma directa cuando, con su esfuerzo o desgaste de energía, realiza conjuntamente con el hombre la actividad o negocio, que ha generado la fortuna". Agrega, "con su contribución acrecienta el capital. Pero no solamente de esa forma puede ayudar, sino que su contribución puede ser vigilando esos intereses y no necesariamente desplegando fuerza física. Además, indirectamente, la mujer en la convivencia, puede colaborar en los gastos del hogar, permitiéndole un ahorro extra a su compañero, y de esta manera aumentar éste su patrimonio." (25).

## ENRIQUECIMIENTO INJUSTO O ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

Para aquéllos que no crean que el concubinato, por sí mismo, crea sociedad de hecho ni comunidad de bienes, queda la posibilidad del enriquecimiento sin causa.

Dice Fueyo Lanieri: "Conforme a ello, procede distribuir igualmente el patrimonio adquirido durante la unión marital de hecho. De otro modo, se produciría en el otro compañero, o en sus herederos, un enriquecimiento injusto."

Los que sustentan esta tesis parten de la base de una situación desmejorada de que participa la mujer, en todo sentido. Al respecto se consideran varios factores, como los siguientes: a) Renunciamento de la mujer a sus mejores aspiraciones y oportunidades en la vida, permaneciendo en un estado de inferioridad; b) Colaboración eficiente a la obra de su compañero, desconociéndose, hasta el momento, por virtud de qué resortes resulta más intensa en estos casos, que en las normales uniones matrimoniales; c) sus desvelos y afanes en favor del hogar que se mantiene de ese modo; d) un cierto sufrimiento moral de la mujer que se siente, forzosamente, desmejorada en relación con los demás seres de su sexo, y aún, frente a sus propios hijos de esta unión, etc. Por tal motivo, se estima que corresponde a la mujer una posición de acreedora a las ganancias que hubieren resultado. (26)

Por otra parte nos comenta García Cantero que "Hay cierta resistencia en la doctrina a reconocer la validez de un contrato de trabajo celebrado entre los concubinos; pero no raras veces la práctica de los Tribunales ofrece el caso de la obrera asalariada que pasó a ser la concubina de su patrono." y agrega, "Pero tratándose de concubinos parece que el mayor obstáculo procederá de la imposibilidad de deslindar en la práctica la causa del contrato de trabajo con independencia de las relaciones concubinarias, así como la distinción entre una remuneración en

especie y los alimentos y demás cuidados y atenciones que la concubina ha recibido en el hogar de su amante.

Por todo ello, y con separación de la sociedad de hecho, obtienen mayor éxito las demandas de la concubina en las que se ejercita una acción de enriquecimiento injusto." (27)

Para Betancourt es norma fundamental de Derecho dar a cada cual lo que le pertenece. Y es consecuencia suya la prohibición de enriquecerse sin causa a expensas de otra persona. (28)

La legislación Costarricense no contiene norma específica que regule el enriquecimiento sin causa, pero siempre se ha tenido como un principio general al que se hace referencia; sin embargo, se considera que si el derecho positivo no regula este principio, se puede ir a la doctrina que ha recurrido a principios de derecho natural y de equidad, para la generalización de los casos legislados singularmente.

Sobre este último aspecto, se sostiene que "en la moderna doctrina parece abrirse camino la tendencia que asienta decididamente en la equidad el fundamento adquisitivo de los bienes al disolverse la unión marital de hecho." (29).

NOTAS.

CAPITULO VII

- 1- ODIIO BENITO, Elizabeth. "Familia de Hecho" Revista Judicial Nº 8, San José de Costa Rica. Junio de 1978. Pág. 47
- 2- Censo de Población 1973. Dirección General de Estadística y Censos. Ministerio de Economía, Industria y Comercio. San José, Costa Rica. 1973.
- 3- GARCIA CANTERO, Gabriel. El Concubinato en el Derecho Civil Frances. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Sucesores de Rivadeneira S.A. Roma-Madrid. 1965. Pág. 85
- 4- ORTIZ-URQUIDI, Raul. Matrimonio por comportamiento. Editorial Stylo. México. 1955. Pág. 42
- 5- GARCIA CANTERO. Op. cit. Pág. 82
- 6- Josserand, Louis. Op. cit. Pág. 16
- 7- VALVERDE VALVERDE, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Derecho de Familia. Talleres Tipográficos "Cuesta". Valladolid. 1926 Pág. 5 anexo.
- 8- VALVERDE VALVERDE. Op. cit. Pág. 59
- 9- PUIG PEÑA, Federico. "Las uniones maritales de hecho". Revista de Derecho Privado. Nº 393, Madrid 1949. Pág. 1086
- 10- BRUGI, Biagio. Instituciones de Derecho Civil. Unión Tipográfica Editorial Hispano-americana. México 1949. Pág. 466
- 11- ODIIO BENITO. Op. cit. Págs. 54- 55
- 12- FUEYO LANIERI. Op. cit. Pág. 285
- 13- GUTIERREZ, Carlos José. Constitución Política anotada. Editorial Equidad Centroamericana S.A. San José. 1975. Pág. 120
- 14- MORALES GUILLEN, Carlos. Código de Familia Boliviano. Concordado y anotado, Gisbert y Cía S.A. Editor. La Paz. Bolivia 1979. Pág. 318
- 15- MUNOZ MORALES, L. "El concubinato en Puerto Rico" Revista Jurídica Nº 17. 1947. Pág. 35.

- 16- El Magistrado que sostuvo este criterio se llama Fernando Coto Albán; este voto salvado lo obtuvimos de una cita que se hace de él en la Sentencia de la Sala de Casación Nº 259 de las 11 Hrs. del 16 de agosto de 1979.
- 17- Casación Nº 259 del 16 de agosto de 1979.
- 18- FUEYO LANIERI. Op. cit. Pág. 286
- 19- BETANCOURT JARAMILLO, Carlos. El régimen legal de los concubinos en Colombia. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín 1962. Pág. 65
- 20- BETANCOURT. Op. cit. Pág. 65
- 21- GARCIA CANTERO. Op. cit. Pág. 119
- 22- SOMARRIBA, M. Op. cit. Pág. 171
- 23- SOMARRIBA, M. Op. cit. Pág. 172
- 24- ALVAREZ, C. "Algunas consideraciones doctrinales, legales y jurisprudenciales sobre el concubinato". Revista Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Concepción. Nº 36. 1968. Pág. 16
- 25- MORA BRENES, Luis Alberto. La Familia de Hecho. Tesis de Licenciatura. Universidad de Costa Rica. 1976. Págs. 99 y 100.
- 26- FUEYO LANIERI. Op. cit. Pág. 293
- 27- GARCIA CANTERO. Op. cit. Pág. 123
- 28- BETANCOURT. Op. cit. Pág. 94
- 29- FUEYO LANIERI. Op. cit. Pág. 297.



## CAPITULO VIII

## CAPITULO VIII

### EL PATRIMONIO FAMILIAR O BIEN DE FAMILIA.

#### DIFERENCIAS ENTRE EL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO Y EL LLAMADO BIEN DE FAMILIA O PATRIMONIO FAMILIAR.

Sin entrar a profundizar en este punto, resulta corriente confundir el régimen patrimonial del matrimonio con la institución "Patrimonio Familiar o Bien de Familia", e incluso algunos Códigos incluyen ambos regímenes dentro del mismo capítulo (caso de Costa Rica), pero sin embargo, entre ambos pueden encontrarse sustanciales diferencias que permiten caracterizarlos correctamente:

a) A pesar de que el régimen patrimonial del matrimonio, se puede pactar antes de que éste se celebre, la eficacia de tal contrato queda en suspenso hasta que el matrimonio se celebre, por el contrario, el patrimonio familiar puede ser constituido con independencia del matrimonio, al menos en Costa Rica donde no se exige constancia del mismo.

b) La disolución normal del régimen patrimonial proviene de la disolución del matrimonio, en cambio el patrimonio familiar puede subsistir a la disolución o ruptura del vínculo (En algunas legislaciones para el caso de los hijos menores de edad)

c) El régimen patrimonial puede comprender todos los bienes de los cónyuges, presentes, futuros, muebles o inmuebles, etc., por el contrario, el patrimonio familiar se refiere únicamente a inmuebles y su extensión y afectación está ligada o limitada taxativamente por la Ley. (En otros países esto puede variar, pero por lo general es así.)

d) La inalienabilidad y la inembargabilidad del patrimonio familiar, es una de sus principales características, en cambio, con respecto a los bienes que comprenden el régimen patrimonial del matrimonio, éstos no tie-

nen esa característica, salvo el caso del régimen dotal, en el cual si se puede presentar tal limitación a la libre disposición de los bienes propiamente dotales.

Por patrimonio Familia~~o~~ Bien de Familia se han comprendido de manera general, un grupo de bienes o un bien determinado, que sigue perteneciendo a su titular y, que se destina al servicio de la Familia, suministrándole habitación o subsistencia, es por ello un bien o conjunto de bienes que se distingue de todos los demás por su función específica y exclusiva, y por la protección que la Ley establece en su favor.

Se puede afirmar que la institución del Bien de Familia no es en verdad un aspecto del régimen de bienes del matrimonio, aunque se relacione con alguna de sus normas. Consideramos que a pesar de que el régimen patrimonial matrimonial y el bien de familia sean jurídicamente distintos y que la mayoría de los autores los ~~tratan~~ en forma separada, y desde ángulos muy particulares no impide ello que se le dedique un espacio a su estudio: su común naturaleza con las instituciones patrimoniales de la familia y la confluencia de sus fines generales en el aporte de esa sustentación patrimonial familiar, conviene tenerlos presentes en una visión de conjunto. Tiene además relevancia entre los cónyuges y hondas repercusiones en los hijos, de ahí la importancia del mismo y la inclusión en este trabajo.

#### EL PATRIMONIO FAMILIAR.

En el medio costarricense el Patrimonio Familiar es de creación reciente. En el antiguo Código de 1888 no existía esta institución; y fué hasta el año 1968 que se dió el primer intento por legislar sobre la misma; a consecuencia primero de un proyecto de Ley (el número 2854 publicado en el periódico oficial "La Gaceta" N° 26 de 15 de marzo de 1967 con

el nombre de "Ley de defensa del Patrimonio Familiar") y después a raíz de unas conferencias dictadas por el profesor Raymod Le Bris, de la Universidad de Bordeaux, en el Colegio de Abogados de Costa Rica en el año 1967, referentes a las reformas de 13 de julio de 1965 al Código Civil Francés, en relación al Régimen Patrimonial Matrimonial. Y en esta ocasión se expuso que, para poder enajenar el inmueble que alberga a la familia y su mobiliario, era requisito previo el consentimiento de ambos cónyuges. Estos dos peculiares hechos dieron lugar a la publicación de la Ley número 4277 de 16 de diciembre de 1968 ( "Gaceta Nº 210, 19 de diciembre del mismo año), mal llamada, o impropriamente llamada "Ley del Patrimonio Familiar".

En realidad, lo que esta ley vino a modificar fueron los artículos 76 y 77 del Código Civil (hoy derogados), estableciendo que los cónyuges no podían, el uno sin el consentimiento del otro, gravar, ni disponer de ninguna forma, del inmueble<sup>que</sup> en el momento del acto o contrato sirviera de habitación familiar, ya se tratara de un terreno adquirido a título oneroso después de las nupcias, ya se tratase de la construcción levantada, estando vigente el matrimonio, por cualquiera de los cóny<sup>u</sup>ges o por ambos. Tampoco permitía, sin el consentimiento de ambos, disponer del mobiliario del hogar, ni gravarlo, exceptuándose el caso de que el gravamen fuera en garantía del precio de adquisición del inmueble o de los bienes muebles. Agregando, que el cónyuge que no hubiere dado su consentimiento podía demandar la nulidad del acto o contrato; lo cual, vino más bien a establecer un tipo de comunidad de bienes muy particular, en el sentido de que exigía el consentimiento de ambos, en actos de disposición y gravamen de esos bienes. Y esto dio lugar a que esa Ley recibiera muchas críticas en aquel tiempo.

Al respecto nos comenta Eladio Vargas, que" esta Ley produjo tantos problemas y complicaciones, sobre todo en las operaciones bancarias, que, posteriormente, tuvo que ser derogada, así como que produjo el daño de dejar un mal recuerdo sobre la institución del Patrimonio Familiar, ya que

a esta se la considera desde entonces como causante de estos problemas, lo cual es injusto, ya que esa ley no configuró, ni remotamente, la institución que la doctrina denomina como Patrimonio Familiar". (1)

En general, la medida establecida por esa Ley era perjudicial, ya que durante esa época todas las escrituras en el Registro Público que presentaban la propiedad como adquirida dentro del matrimonio, se debía hacer comparecer al otro cónyuge, y si éste no había dado el consentimiento, podía entablar la acción de nulidad, causando, así, muchos inconvenientes.

Esta ley vino a ser derogada por la ley Nº 4674 de 27 de noviembre de 1970, y, posteriormente, la Asamblea Legislativa -cuando legisló sobre el proyecto del Código de Familia- incluyó seis artículos más, referentes a esta institución (del artículo 42 al 47) los cuales se acercan, un poco más, a lo que se entiende por bien de familia. Estos artículos adolecen de ciertos defectos, debido, probablemente, al poco tiempo con que se contó.

Comenta Eladio Vargas: "Debido al poco tiempo de que dispuso la Comisión redactora del Proyecto del Código de Familia prefirió abstenerse de incluirlo como parte de su labor, no obstante, que reconoció siempre la trascendencia de la institución. En consecuencia, los artículos que sobre esta materia aparecen <sup>en</sup> el Código son obra de la Asamblea Legislativa, que quizás por la misma razón de falta de tiempo para hacer el estudio amplio, que lo complejo de la materia exige, incluyó esos artículos bastante incompletos y defectuosos". (2)

Antes de comenzar el análisis de las principales características de esta institución es interesante aclarar que a la misma se la conoce por diferentes denominaciones en el mundo: En Venezuela se la conoce como "Hogar de Familia"; en México se le asigna el nombre de "Patrimonio Familiar"; en Paraguay es llamada "Lote Rural"; en Cuba es conocida como "Mínimo Vital"; en Brasil, "Bien de Familia"; en Argentina, "Lote de Hogar"; en Suiza, "Asilo de Familia"; y, finalmente en Costa Rica se denomina

"Inmueble Familiar" (art. 42 del Código de Familia), aunque la doctrina lo ha llamado generalmente "Patrimonio Familiar" o "Bien de Familia". (3)

"Estas instituciones tienen, prescindiendo de las diversidades existentes entre ellas una finalidad principal común, que es la mejora y el desarrollo de la agricultura, más bien que la tutela y la garantía de la familia; y si algunas de ellas tienen también en apariencia el fin de reforzar a la familia, en realidad cumplen el fin de establecerla sobre el terreno que debe cultivar para conseguir así que aquél rinda y produzca más. En general, estos llamados patrimonios familiares están constituidos por una casa de vivienda con una pequeña finca o por sólo la casa o por sólo la finca y son inalienables e inexpropiables por los acreedores." (4)

#### CONCEPTO DE PATRIMONIO FAMILIAR O BIEN DE FAMILIA.

Por Patrimonio Familiar o Bien de Familia se ha comprendido de manera general un grupo de bienes o un bien determinado, que sigue perteneciendo a su titular, y que se destina al servicio de la familia, suministrándole habitación o subsistencia, es por ello un bien o conjunto de bienes que se distingue de todos los demás por su función específica y exclusiva y por la protección que la ley establece en su favor. Ello lo desprendemos de las conceptualizaciones que seguidamente exponremos.

Para Tedechi el Bien de Familia es "un conjunto de bienes pertenecientes al titular de ellos y se distingue del resto de su patrimonio por su función, por las normas que la Ley dicta en su protección y está destinado a asegurar la prosperidad económica de la familia." (5) Agrega que se los concibe "como un áncora de salvación de la familia contra las adversidades, o también, contra la poca prudencia de quien debería tener como entrañable, como ninguna otra cosa, la suerte económica de dicha familia."

Casi en igual sentido Gangi indica que "para asegurar la prosperidad económica del organismo familiar, esto es, para asegurar a la familia un patrimonio intangible por aquellos mismos que lo constituyen o que gozan sus frutos, un patrimonio que debe constituir la tabla de salvación en cualquier adversa contingencia,... debe perdurar aún después de tal disolución hasta que todos los hijos hayan alcanzado la mayoría de edad." (6)

Por otra parte, Galindo Garfias dice: "Los bienes destinados para constituir el patrimonio de familia quedan definitivamente vinculados a la satisfacción del bienestar económico familiar y aunque la persona que constituye el patrimonio de la familia no deja de ser el propietario de ellos, en razón de su destino especial, son intangibles a la acción de los acreedores de quien es propietario de ellos y que ha constituido ese patrimonio separado. Los miembros del grupo adquieren sólo el derecho a disfrutar de esos bienes en tanto integran o forman parte del grupo familiar correspondiente." (7)

Para Eladio Vargas, que es uno de los pocos autores costarricenses que se han ocupado del tema, define el bien de Familia como "un inmueble urbano o rural que por disposición de la Ley está destinado al servicio de la familia, suministrándole habitación y subsistencia, sin que se proponga una finalidad de enriquecimiento del núcleo familiar, sino darle asiento o lugar de habitación." (8) Es importante resaltar que la institución del bien de familia no tiene por objeto único brindarle un techo o habitación segura a la familia, pues también, en ciertas ocasiones, puede llegar a garantizarle un sustento mínimo. Ello se desprende del artículo 46 del Código de Familia de Costa Rica, el cual no habla de una parcela rural destinada a la subsistencia de la familia.

## BIELES AFECTABLES.

Los bienes que pueden afectarse en el patrimonio familiar varían de clase, cantidad y valor en las distintas legislaciones. En lo referente a los inmuebles, la mayoría de los países siguen el criterio de que pueden sufrir esta afectación, no así los muebles, los cuales, por regla general, en el derecho comparado no son susceptibles de ser afectados. En lo concerniente a los títulos de crédito, son pocos los países que los consideran como afectables.

En Francia, debe hacerse sobre una casa de habitación, o una parte de ella, pero no puede incluir tierras colindantes o vecinas a la misma. El que lo constituye debe ser propietario con todas las facultades de éste. Si se establece en provecho de terceros, se hace como donación, o sea, que puede ser por acta notarial o por testamento. Una vez constituida, es inembargable e inalienable, igual que las rentas o frutos derivados del mismo. (9)

En el derecho norteamericano existe una institución similar llamada "Homestead", que consiste en la cesión de determinadas extensiones de tierra a título de propiedad, en la que se reúnen las tres cualidades siguientes: servir de domicilio a la familia, ser una residencia habitual y ser un lugar de trabajo, aparte de los muebles, de los instrumentos de trabajo y un número de animales. El concesionario está obligado a permanecer con la familia propia por un cierto periodo de tiempo (cinco años en el fundo, para cultivarlo) y en este periodo la Homestead no puede ser enajenada ni sometida a vínculo en favor de terceros. (10)

Para Córdoba del Olmo, la expresión Homestead implica la idea de un patrimonio exceptuado de embargo y supone, por tanto, una excepción al principio general de que los bienes del deudor son la prenda común de todos los acreedores. El fundamento de este privilegio se encuentra en dos ordenes de consideraciones y de hechos; unos de carácter político-económico y otros de carácter moral". (11) Para este autor, las razones de orden moral



Se reducen al concepto de familia.

En Italia la constitución del bien de familia debe recaer sobre inmuebles o muebles perfectamente determinados, o sobre títulos de crédito que deben ser vinculados, haciéndolos nominativos con anotación del vínculo o por otro modo idóneo.

En Costa Rica, el artículo 42 del Código de Familia señala, primeramente que se puede afectar a las reglas del patrimonio familiar el inmueble destinado a la habitación familiar, debiendo hacerse constar esta circunstancia en el Registro Público de la Propiedad. Vemos pues, que en un primer momento sólo se pensó en proteger a la familia dándole un techo para que viviera; pero, por otro lado, también se habla de otro tipo de inmueble que es el rural, llamado, por el artículo 46 del Código de Familia, "parcela Rural" y cuyos fines pueden ser, o son, distintos al inmueble urbano, ya que este último conlleva la idea de que puede ser utilizado como medio de sustento por la propia familia y no únicamente como habitación.

En lo que respecta al inmueble urbano que se destine a este fin (y por lo tanto pueda gozar de los beneficios de la institución), debe tener una cabida no mayor de mil metros cuadrados, y el inmueble rural o la parcela rural (destinada a la subsistencia de la Familia), una extensión que no exceda de diez mil metros cuadrados. En nuestro criterio, la parcela rural de que habla el artículo 46 con una extensión máxima de diez mil metros cuadrados resulta económicamente insuficiente para poder ser destinada a la subsistencia o mantenimiento de una familia; cuando está considerado -al menos en Costa Rica, país eminentemente agrícola pero sin una agricultura tecnificada- que para el sostenimiento de una familia pequeña de cuatro o cinco personas se necesitan unos sesenta mil metros cuadrados.

Se puede considerar que el criterio de medida (extensión) tanto para el inmueble urbano, como para el inmueble rural, es restringido, en vista de que permite establecer solamente la institución del patrimonio familiar

sobre el inmueble que no exceda de esos términos, no admitiéndose en otros de mayor cabida; pero debe tomarse en cuenta que la mayoría de las legislaciones fijan una medida máxima, con el propósito de eliminar la posibilidad de que se incluyan bienes de lujo o de mucho valor, ya que el fin del bien de familia es suministrarle protección o subsistencia a la familia y esto, en sí, excluye el establecimiento de residencias lujosas o formación de grandes extensiones de tierra con alto valor. Ahora bien, esto es puramente una intención y creemos que eso fué lo que motivó al legislador costarricense; pero, con tan mala fortuna y poca imaginación, que no se le ocurrió fijar límites en cuanto al valor del bien, puesto que, perfectamente, en mil metros cuadrados se puede instalar una residencia de lujo y no hay ningún artículo ni norma que lo impida; ésto, en perjuicio del espíritu de la Ley y de los acreedores personales del que constituye el bien de familia.

#### BENEFICIOS Y PRIVILEGIOS DEL BIEN AFECTADO.

El Patrimonio Familiar, por la misma función a la que es destinado, se rodea en todas las legislaciones que lo contemplan de una serie de privilegios y beneficios a efecto de que pueda cumplir a cabalidad su función, sea, la de brindar habitación y en algunos casos subsistencia a la familia.

Es digno de mencionarse que ya en el año 1917 -nos dice Otero y Valentín- un precepto de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos establecía beneficios y privilegios, que consistían en "la inalienabilidad e inembargabilidad de los bienes que constituyan el Patrimonio de la Familia." (12)

En Costa Rica, se estatuye que, sin el consentimiento de ambos cónyuges, el inmueble destinado a habitación familiar no podrá ser enajenado ni

gravado, con lo que protegería a dicho inmueble de cualquier tipo de aventura económica en que se pretenda dar como garantía. (En nuestro criterio dicho consentimiento debe ser expreso aunque no lo diga así el Código.)

El mismo artículo 42 del Código de Familia dice que dicho inmueble, tampoco, podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario; pero se exceptúa el caso en que la deuda fuera contraída por ambos cónyuges o por el propietario del inmueble cuando la deuda de éste fuera adquirida con anterioridad a la inscripción del inmueble como Patrimonio Familiar.

Por otra parte, la afectación del inmueble, así como su cesación no están sujetas al pago de impuestos, ni de derechos de Registro, pero en ambos casos la escritura respectiva deberá ser otorgada por ambos cónyuges (artículo 43 del Código de Familia). Finalmente, agrega el artículo 44, que el traspaso que se hiciera inter-vivos o mortis causa del bien afectado conforme al artículo 42 a favor del cónyuge, de uno o varios de sus hijos, estará exento del pago de impuestos de beneficencia, donaciones y timbre universitario, hasta por la suma de trescientos mil colones. (600.000 Pts.)

Estos son los beneficios y privilegios que amparan en Costa Rica el instituto del Patrimonio Familiar, los cuales vienen a darle a la institución un cierta semejanza con un tipo de copropiedad, dado que se necesita, primeramente, el consentimiento de ambos esposos para gravarlo o enajenarlo, y seguidamente da un tipo de inmunidad, ya que no puede ser perseguida por acreedores en los casos señalados, y en última instancia, se establecen privilegios, cuales son: la excensión de impuestos y derechos en los casos y hasta el monto indicado.

Como vemos, el Código de Familia permite gravar y enajenar el Patrimonio Familiar con el consenso de ambos esposos, así como perseguirle por acreedores con base en deudas contraídas por los mismos, o el propietario por deudas anteriores a la afectación (artículo 42), pero dicha afectación debe ser inscrita en el Registro Público. Sin embargo, se ha recomendado

que lo mejor sería impedir el traspaso o gravámen, y aún la persecución por acreedores, antes de cumplir con el fin para el que se afectó, o sea, el darle habitación y sustento a la familia. (13) Con esto, no se quiere quitar la posibilidad de venderlo o permutarlo, pero mediando en este caso autorización del Tribunal, y siempre que no exista oposición del cónyuge no divorciado o separado de hecho. Sin embargo, aunque ello fuera posible, en nuestro criterio el bien de familia no debe estar al alcance de los acreedores -aún en caso de quiebra o insolvencia-, lo cual parece un criterio bastante beneficioso, que vendría a darle mayor respaldo y seguridad al bien de familia y, por lo mismo, a la institución familiar en general.

El patrimonio familiar en la legislación costarricense solamente queda a salvo de las obligaciones originadas con posterioridad a la afectación y no de aquéllas nacidas con anterioridad a ésta. Sobre este aspecto, es sabido que existen medios a efecto de hacer aparecer obligaciones con fechas anteriores a las reales, con lo cual podría burlarse el verdadero sentido de esta regulación. Pero, (aunque improbable) se daría en el caso de que el propietario del bien afectado (por circunstancias muy especiales y mediante una simulación) intente hacer aparecer obligaciones antes de que se hubiere constituido el Bien de Familia, para, de esta manera, burlar el consentimiento que debe otorgar el otro cónyuge y quitarle al bien los privilegios que lo rodean.

La excención fiscal de que habla el artículo 43 parece recomendable, ya que la afectación y cesación del Bien de Familia por su carácter merece este tipo de privilegios y podría ayudar a fomentar su uso. Además, el artículo 44 establece la excención fiscal en caso de traspaso entre vivos o mortis causa, a favor del cónyuge o de uno o varios de sus hijos. Al respecto, Eladio Vargas, refiriéndose al artículo 44 del Código de Familia, dice: "La idea dentro del mismo debe ser el mantener la indivisión y el traspaso del bien aún en caso de muerte del propietario, hasta que se

cumpla la referida finalidad económica social del Bien de Familia. Pero, si se quiere establecer esa posibilidad, debe determinarse en que casos puede autorizarse, ya que, aún en caso de muerte, se impide dichos traspasos de manera inmediata, y por consiguiente, se introduce un cambio fundamental en el derecho sucesorio de la familia. De acuerdo al concepto clásico, apenas fallecido el dueño, todos sus bienes pasan al acervo sucesorios y se reparten dentro de sus herederos. La tendencia es mantener la indivisión y la afectación del inmueble no obstante el fallecimiento de su dueño. Las normas de derecho sucesorio en realidad no se derogan, sino que se posponen hasta que el Bien de Familia cumpla su finalidad." (14)

Criterio que no compartimos, ya que este artículo en realidad no viene a derogar la afectación del inmueble destinado a Patrimonio Familiar, eximiendo solamente de tributos en el caso de traspaso del bien, pero no implica que por lo mismo se desafecte el bien por el motivo del traspaso, (la desafectación es causa de la muerte, no del traspaso), por lo que no vemos inconveniente en esa norma, sino más bien, beneficiosa en el sentido de que deroga esa obligación -pago de impuestos- al bien afectado. Además de que se establece la posibilidad de traspaso inter-vivos o mortis causa, sólo en el caso del cónyuge, o de uno o varios de sus hijos, y únicamente en esos eventos se exime del pago de impuestos, siendo esto muy claro y excluyendo otras posibilidades.

Al respecto nos dice ~~Vargas~~ Soto: "Puede el testador disponer de los bienes que caen dentro del Patrimonio Familiar? Si el Código de Familia sostiene que tales bienes sólo se pueden enajenar de consuno, la respuesta es entonces no. Pero resulta que el artículo 47 del mismo Código de Familia dispone que el patrimonio familiar concluye a la muerte de uno de los cónyuges, de manera que no existiría para entonces impedimento legal alguno para que el testador disponga de dichos bienes, desde que el testamento surtirá efecto a su muerte, y la disposición del bien se está operando para cuando haya fenecido la afectación.

La solución podría ser diversa si la nuestra, a semejanza de otras

legislaciones, dispusiera que la afectación del bien no cesa a la muerte de uno de los cónyuges. Desgraciadamente ello no es así. Nuestro legislador se quedó con la buena intención de crear un patrimonio separado que en principio no es ni de los cónyuges, ni de los hijos, sino de un sujeto diverso tenido en consideración por la Ley: la familia. Si la familia persiste, aunque alguno de sus elementos haya desaparecido, entonces también debiera persistir la afectación del bien." (15)

Hasta ahora se han hecho algunas observaciones sobre los beneficios y los privilegios que rodean a la institución, pero para terminar con este tema también conviene señalar algunas objeciones que se le hacen a los privilegios de que antes se habló. Y que repercuten a veces negativamente en otros asuntos.

Dice Córdoba del Olmo que las objeciones pueden reducirse a tres:

"1- en la ruina del crédito; 2-disminuye la responsabilidad del deudor; 3- crea un privilegio llevando a la desigualdad y la injusticia a la legislación." (16) En realidad, estas objeciones no tienen mucho peso, pues, se debe pensar en la supremacía del interés de la sociedad, que es la que hace pensar y crear este tipo de instituciones, que tienden a conservar la propiedad dándole una protección especial, para que llene a plenitud su función social.

Otro autor -Gangi- nos dice: " Se objetó en primer lugar que con el patrimonio familiar se introduciría en la legislación una forma de inmovilización de los bienes, aunque fuera temporal y no absoluta, yendo así contra la tendencia cada vez más arraigada en la edad moderna de asegurar la libre disponibilidad de los bienes. Se observó también que la nueva institución quitaría los bienes constituidos en patrimonio familiar a la garantía de los acreedores y pondrían en peligro, por tanto, sus derechos." y agrega el mismo autor, "Contra la objeción de que contra el patrimonio familiar se introduciría en la legislación una forma de inmovilización de bienes y se iría contra la tendencia de asegurar la libre disponibilidad

de los bienes, se había observado ya que tal preocupación, aunque fundada sobre conceptos en teoría justos, sin embargo, era exagerada, en cuanto que la inmovilización de los bienes que se verifica con la constitución del patrimonio familiar no es perpetua, sino solamente temporal, esto es, dura mientras que dura el matrimonio, o a lo más, si a la disolución de éste hay hijos menores, hasta el cumplimiento de la mayor edad por parte de éstos. Cumplido el fin por el que fué impuesto el vínculo, los bienes vuelven a la libre circulación. Contra la otra objeción, a saber, que la institución sustrae los bienes a la garantía de los acreedores y representa para ellos un peligro, se había observado que tal objeción tenía importancia solamente en cuanto ponía en evidencia la necesidad de que<sup>2</sup> la constitución del patrimonio familiar se le diese la máxima publicidad para dar a los terceros la posibilidad de conocer muy fácilmente la condición jurídica de los cónyuges con los que habían entrado en relaciones." (17)

#### FORMA DE HACER LA AFECTACION.

En el Código de Familia de Costa Rica de acuerdo con los artículos 43 y 45, se establece, que tanto la afectación como la cesación debe hacerse constar en escritura pública, e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad; surtiendo efectos desde su inscripción y no desde la presentación del documento al Registro. Esta escritura debe ser otorgada ante Notario por ambos esposos, sin ser necesario el dar fe de la existencia del matrimonio (artículo 43). En nuestro criterio, este artículo se queda corto al decir que la escritura debe ser otorgada por los dos cónyuges, ya que se puede pensar que no cabe la posibilidad de que sea uno solo de los cónyuges el que afecte uno de sus bienes para constituir el Patrimonio Familiar, tomado esto como una medida unilateral aún sin contar con el

consentimiento de la otra parte. Por otro lado, también se excluye la posibilidad de que sea un tercero el que afecte uno de sus bienes y constituya el Patrimonio Familiar en beneficio de una familia determinada.

Otra posibilidad (que nuestro Código de Familia excluye) es el posible aumento que se puede hacer del Patrimonio Familiar por parte de ambos cónyuges o de uno solo de ellos. (Al respecto se puede consultar a Tedeschi (18).).

Agrega el mismo Código que el Registro Público no inscribirá ninguna escritura que viole lo dispuesto por los mismos artículos (artículo 46). Esto nos indica, que si la escritura de constitución del Bien de Familia no va otorgada por los dos cónyuges no podrá ser inscrita. El acto de constitución y de cesación son solemnes, ya que, como requisito de validez, se exige documento público e inscripción, lo cual, otorga seguridad a los cónyuges y también a los terceros.

Es interesante hacer notar que respecto al tiempo y forma de constitución la regla general -en Italia- es que debe tener lugar antes del matrimonio, si bien se deja a salvo la posibilidad de que se constituya durante el mismo, en atención a que este patrimonio separado supone una mayor garantía para el cumplimiento de los deberes nacidos de la relación familiar, dado su específico destino. (19) Además el Código Italiano en el artículo 167, establece que el patrimonio familiar debe hacerse por acto público, aunque admite también que se puede constituir por testamento. Posibilidad que no contempla tampoco la legislación costarricense, pero que podría suponerse tomando en cuenta la libre testamentificación. Sin embargo, esto no quiere decir que sea el testador el que intituye el patrimonio familiar, sino que el testador deja los bienes para que sean los beneficiarios los que constituyan el patrimonio familiar; esto por la obligatoriedad -que ya mencionamos anteriormente- de que sean los propios cónyuges los que otorguen la escritura de constitución o afectación, en este caso del bien destinado a ello en el testamento.



Por otra parte, el hecho de que no se necesite dar fe de la existencia del matrimonio por parte del Notario a la hora de redactar la escritura de afectación (artículo 43), viene a revelar el permiso implícito de que pueden configurar un Bien de Familia parejas no unidas en matrimonio (unión de hecho), ya que, amparadas a ésta norma, no se les exigiría este requisito, razón esta que parece correcta, porque simplemente se está reconociendo un hecho real en la sociedad costarricense, cual es, el que existen muchas parejas que no han contraído matrimonio, pero que viven como si fueran casados. Esto a pesar de que el artículo habla de los "conyuges". En nuestro criterio, el término "conyuges" debe ser entendido en el sentido claro, amplio y contundente de que se debe interpretar que la intención del legislador y el espíritu de la Ley era incluir a la pareja de convivientes dentro de esa denominación, ya que su familia y la protección que esta merece, no debe ser distinta del resto de las familias donde los cónyuges han formalizado su matrimonio; por lo que no vemos otra razón por la cual la misma Ley, expresamente, releve al Notario de la obligación de dar fe de la existencia del matrimonio. (artículo 43 del Código de Familia).

#### CAPACIDAD PARA CONSTITUIRLO Y ADMINISTRARLO.

Las personas que pueden constituir el Bien de Familia varían en las diversas legislaciones. De esta manera, tenemos que en algunos países se permite que sean los cónyuges o un tercero (por ejemplo los casos de las legislaciones italiana (art.67) y la colombiana (art.50).) Generalmente es admitida esa posibilidad, a la cual no se le puede hacer ninguna objeción, en vista de que lo importante es el fin que promueve la misma y no se nota inconveniente en que se admita que un tercero sea el que grave un bien de

su propiedad.

En Italia, como ya habíamos dicho, se permite que la constitución del patrimonio familiar sea hecha por un tercero, con reserva para sí de la propiedad de los bienes inmuebles o de los títulos. En este caso parecería que lo que está constituido en patrimonio familiar es el usufructo de los bienes inmuebles o de los títulos. Sin embargo esto no es cierto, y para ello se argumenta de la siguiente manera: "El usufructo no puede durar más allá de la vida del usufructuario y puede ser establecido para un tiempo más breve; el patrimonio familiar, por el contrario, dura hasta el cumplimiento o de la mayor edad de todos los hijos. Además, el derecho de usufructo puede ser cedido, mientras el goce de los bienes, constituido en patrimonio familiar, está sometido al vínculo de inalienabilidad." (20)

Al contrario, en algunos ordenamientos -que son los menos- sólo se admite que la constitución del patrimonio familiar sea llevado a cabo por los cónyuges (Ejemplos: Brasil (art.464) y Perú (art.70).). Dentro de estos ordenamientos se encuentra el de Costa Rica, al cual haremos mención con frecuencia.

Respecto a la administración, los autores manifiestan que corresponde generalmente al cónyuge propietario. En caso de que la propiedad sea de ambos esposos, al designado para tal efecto. Y al marido en caso de que no existir esa designación. Ahora si se diera el caso de que el bien no sea administrado de manera correcta, o mal administrado por incapacidad del miembro, se puede cambiar al administrador con intervención del Tribunal. (21)

En Costa Rica, en lo referente a la capacidad para realizar la afectación y a la administración del bien afectado, el Código de Familia es omiso, ya que no dice nada al respecto.

Debe suponerse que de acuerdo a toda la regulación imperante en el Código y en su defecto, en el Código Civil, tienen capacidad para constituirlo o desafectar el bien, todas las personas capaces de contraer matrimonio.

Y la administración correspondería al dueño del bien afectado. Se desprende de toda la regulación el hecho de que un tercero no puede constituir en Patrimonio Familiar un bien de su propiedad a favor de alguna familia. Lo cual parece absurdo, tomando en cuenta que la mayoría de las legislaciones que regulan esta materia sí admiten tal posibilidad. Así pues, falta en el ordenamiento costarricense una normativa más exhaustiva al respecto, ya que quedan aspectos muy importantes de esta institución sin regular, como son: la capacidad y la administración.

#### CESACION DE LA AFECTACION.

La afectación de los bienes a las reglas del Patrimonio Familiar cesan por diversas causas que varían de legislación en legislación, aunque generalmente se estatuye que termina esa destinación, cuando se anula o termina el matrimonio; pero en el caso de existir hijos menores, se mantiene la afectación hasta que éstos sean mayores. (ejemplo de ello es el Código Civil Italiano, art. 171)

En Costa Rica, el artículo 47 del Código de Familia, viene a establecer las causas por las cuales cesa la afectación. En primer lugar, cesa la afectación por mutuo acuerdo de los cónyuges. En segundo lugar, por fallecimiento de cualquiera de ellos; y finalmente, por separación judicial decretada o por divorcio.

Además, agrega que cesará la afectación cuando de hecho el bien dejare de servir para habitación familiar o pequeña explotación. Esto previa comprobación ante el Tribunal mediante trámite sumario, y en caso de muerte, separación judicial o divorcio, admite la posibilidad de disponerse la continuación de la afectación por el cónyuge sobreviviente, o por convenio de ambos, mientras haya hijos menores de edad.

En cuanto al mutuo acuerdo, parece lógico que se permita la desafectación, ya que ambos lo constituyeron y, en consecuencia, también pueden quitarlo. Lo que no parece normal es que el bien se desafecte por fallecimiento de cualquiera de los esposos, por separación judicial o divorcio, en vista de que no se está tomando en cuenta el interés de los menores que puedan existir y que eventualmente puedan resultar perjudicados. Además, en estos casos, pudiera ser que el bien haya servido de sustento o habitación de la familia, cumpliendo así su función. Por todo lo anterior, consideramos que debería exigirse la comprobación ante el Tribunal el hecho de no estar el bien cumpliendo <sup>con la finalidad</sup> para la cual se afectó. En este aspecto, sí consideramos entonces que debe mantenerse la indivisión y afectación, a pesar del fallecimiento, separación judicial o divorcio, estableciéndose la posibilidad de que se desafecte el bien sólo en el caso de que no existan menores de edad dentro de la familia a favor de la cual se instauró el Bien de Familia, lo cual debería comprobarse ante el Tribunal.

Es patente, pues, la importancia práctica que tiene la institución del Bien de Familia. En algunos países se encuentra muy arraigada la institución y la Ley regula de una manera clara y precisa sus directrices. En otros sólo se conoce en una forma superficial (caso de Costa Rica) y está deficientemente legislada.

Sin embargo, a pesar de ello, los cónyuges deben observar la importancia de constituir un bien en Patrimonio Familiar, ya que no sólo se garantiza la protección de los esposos, sino que se vela también por la protección e integridad de los hijos.

A través de lo expuesto, notamos que la mayoría de los autores coinciden en que el Patrimonio Familiar viene a ser una protección para los intereses de la familia, y en especial de los hijos menores de edad, los más afectados y los más necesitados de protección. El Bien de Familia es una institución creada en el Derecho, tendiente a proteger a la familia

como centro donde se forjan, desarrollan y educan los hijos, con un mínimo de condiciones para su subsistencia, continuidad y permanencia, que les resguarda contra las adversidades cotidianas de la vida o contra la poca prudencia o adversidad de quienes se encuentran obligados (en este caso los padres) a velar por la seguridad económica del núcleo familiar.

NOTAS.

CAPITULO VIII

- 1- VARGAS FERNANDEZ, Eladio. Comentarios al Código de Familia. Revista de Ciencias Jurídicas. Nº 26. Enero de 1976. Facultad de Derecho. Pág. 111
- 2- VARGAS FERNANDEZ, E. Op. cit. Pág. 111
- 3- Diccionario de Derecho Privado. Editorial Labor. Madrid 1960. Tomo II  
Pág. 2942
- 4- GANGI, Calogero. Op. cit. Pág. 390
- 5- TEDESCHI, Guido. El Régimen Patrimonial de la Familia. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1954. Págs. 83-84
- 6- GANGI, C. Op. cit. Pág. 389
- 7- GALINDO Garfias. Op. Cit. Pág. 715
- 8- VARGAS, Eladio. Op. cit. Pág. 111
- 9- Ley de 12 de julio de 1909, arts. 1 al 21. Decreto del 26 de marzo de 1910, Arts. 1 al 15 del Código Civil, anotado en doctrina y jurisprudencia. Paris. 1917-1972, Rue Soufflot. Págs. 1015 a 1021.
- 10- GANGI, C. Op. cit. Pág. 265
- 11- CORDOBA DEL OLMO, Antonio. El Patrimonio Familiar Inembargable. Imprenta Valentín Montero. Valladolid. 1922. Pág. 8
- 12- OTERO Y VALENTIN, Julio. La Doctrina del Patrimonio. Editorial Reus S.A. Madrid. 1930. Pág. 453
- 13- VARGAS, E. Op. cit. Pág. 115
- 14- VARGAS, E. Op. cit. Pág. 155
- 15- VARGAS SOTO, F. Op. cit. Págs. 138-139
- 16- CORDOBA DEL OLMO. Op. cit. Pág. 48
- 17- GANGI, C. Op. cit. Págs. 391-392
- 18- TEDESCHI, Guido. Op. cit. Págs. 88-89-90
- 19- FERNANDEZ CABALEIRO, Eugenio. El Régimen Económico Matrimonial en Europa. Bolaños y Aguilar S.L. Madrid. 1969. Pág. 217

20- GANGI, Calogero. Op. cit. Pág. 398

21- BARBERO, Domenico. Sistemas de Derecho Privado. Ediciones Jurídicas  
Europa-América. Buenos Aires. Tomo II. 1967. Págs. 82 a 104

- GUASTAVINO, Elías. Op. cit. Pág. 81

## COMETARIO CRITICO AL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN COSTA RICA.

A través del análisis del régimen patrimonial del matrimonio costarricense que se hizo en anteriores páginas y de la comparación del sistema con los que existían antes de promulgarse el Código de Familia, así como la doctrina y la legislación extranjera, hemos tratado de exponer, en cada caso, los aspectos positivos del régimen, las omisiones que han dado lugar a debates judiciales y las diferencias que en algunos aspectos presenta el sistema prevista en el Código vigente.

Son pocas las opiniones que con respecto al régimen de Costa Rica se han dado; sin embargo, trataremos de examinar algunas de las que consideramos de mayor importancia.

Don Alberto Brenes Córdoba, al referirse al régimen patrimonial del matrimonio costarricense, comenta: "De manera que, mientras subsiste el matrimonio, no hay comunidad de bienes, pero al disolverse, se tiene por existente la comunidad acerca de aquellos que fueron adquiridos a título oneroso después de verificado el ligamen, lo que resulta verdaderamente anómalo, puesto que se hace nacer la sociedad económica cuando desaparece el matrimonio; anomalía debida a la mezcla de dos sistemas opuestos, el de libertad y separación de patrimonios y el de comunidad legal de gananciales." (1)

La anomalía apuntada por Brenes Córdoba, es lo que ha dado origen al error de denominar a nivel popular<sup>2</sup> el sistema costarricense con el nombre de sociedad de gananciales, siendo en realidad un régimen de participación en los gananciales y no una sociedad, puesto que parece erróneo estimar que existe sociedad conyugal cuando el vínculo ya se ha disuelto o por lo menos se ha declarado la separación judicial. Realmente, lo que existe es una comunidad de efímera existencia que se forma por imperativo de la Ley, pero con el único y exclusivo fin de proceder a la liquidación y distribución de los bienes.



El ex profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Don Pablo Casafond, en una fuerte crítica al sistema, lo denomina como "una singularidad no bien fundada de nuestra Ley".(2)

Es muy posible que el profesor Casafond llame "una singularidad" al sistema costarricense, por las definiciones y omisiones que humanamente se presentan cuando se innovó al implantar este *suis generis* sistema; se le critica, pero no creemos que esta crítica deba ser tan severa, porque al fin y al cabo, es el sistema que ha regido en Costa Rica desde 1888 hasta la promulgación del Código de Familia de 1973, el cual dicho sea de paso, además de que no varió el sistema, fueron mínimas las reformas que introdujo en este campo, algunas de las cuales con acierto y otras pocas desafortunadas.

Por otra parte, salvo casos excepcionales, nuestra jurisprudencia se ha encargado acertadamente de armonizar las normas reguladoras del sistema, con las corrientes doctrinales que sirven de base al legislador para concebir el régimen patrimonial del matrimonio en Costa Rica.

Creemos sin embargo, que la mayor parte de las críticas enderezadas contra el régimen, tienen su base en la deficiente protección que brinda a un cónyuge sin bienes inscritos a su nombre, con respecto al que sí los tiene registrados o bajo su dominio y que sean bienes que de acuerdo con la Ley, deben considerarse comunes a la disolución del matrimonio. A este respecto, Don Gerardo Trejos Salas hace el siguiente comentario: "La libertad y separación de patrimonio durante la vigencia del matrimonio ha dado origen a incalificables abusos de un cónyuge en perjuicio del otro. Muy frecuentemente una persona que desea divorciarse, antes de que el otro cónyuge se de cuenta, acude ante un notario y hace traspasos, generalmente ficticios, de sus bienes a otra persona, de modo que cuando el divorcio se plantea y el verdadero dueño de la mitad de esos bienes quiere tomarlos, se encuentra con que el otro cónyuge los ha traspasado." (3)

La anterior situación no es otra que el típico traspaso simulado en

perjuicio de uno de los cónyuges y que la Ley no resuelve, con evidente injusticia para éste; nuestra jurisprudencia tampoco había logrado corregir esa clarísima y lamentable omisión de la Ley al decir una sentencia de la Sala de Casación que: "No puede la demandante, ex consorte del accionado, pedir la nulidad de un contrato de compraventa por medio del cual su ex marido vendió un bien, por carecer de personería y derecho al no haber sido parte en el convenio y haberse realizado éste antes de la disolución del vínculo matrimonial." (4)

No pudo el Tribunal de Casación resolver de otro modo en este caso, en presencia de la disposición clara y expresa de la Ley cuando dice: "Si no hubiere capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiriera durante él, por cualquier título y de los frutos de unos y otros." (Arts. 76 del Código Civil de 1888, y el 40 del Código de Familia vigente). Si se accediera a anular los contratos que estipulen los cónyuges con respecto a sus bienes de libre disposición, no sólo se estaría violando la disposición legal expresa en perjuicio de los terceros que contratan con los esposos; <sup>SINO QUE</sup> además, cabe hacer la observación de que, mientras el matrimonio subsista y con base en la disposición clara y expresa de la Ley, un cónyuge no tiene derecho alguno sobre los bienes del otro y, en esas circunstancias, carece de personería jurídica para demandar la nulidad de un contrato que su consorte ha hecho con fundamento en el derecho indiscutible que al respecto le brinda la Ley. (Art. 1º del Código de Procedimiento Civil, que dice: "Para entablar una acción ante los Tribunales de Justicia, se requiere: 1) Derecho Real o Personal que sirva de fundamento a su acción;...") Podría discutirse que uno de los esposos tiene una expectativa de derecho en los bienes del otro durante el matrimonio, pero aún admitiendo tal posibilidad, la acción sería rechazada con fundamento en la disposición procesal a que se ha hecho referencia, puesto que ésta no considera la expectativa de derecho como base de la acción en ge-

neral, en donde se encuentra incluida, sin lugar a dudas, la acción de nulidad que pudiera pretender uno de los cónyuges. (Ver a este respecto a Kemelmajer de Carlucci (5).)

Ultimamente, sobre el particular, la jurisprudencia ha expresado que son bienes repartibles los que se tengan al momento de la disolución del vínculo matrimonial (6). Criterio que favorece actuaciones de mala fe, dada la posibilidad de la simulación, difícil de probar, aunque también últimamente la misma jurisprudencia ha reiterado el derecho de impugnar estos traspasos simulados y pedir la nulidad de los mismos (7), en base al artículo 905 del Código Civil el cual dice: "Son anulables los actos o contratos... en que ha habido simulación...".

Aceptemos, finalmente, la posibilidad de que se admita la demanda ordinaria de nulidad, lo cual es factible de acuerdo al nuevo criterio de los Tribunales, puesto que el pretendido derecho se va a determinar únicamente en sentencia como uno de los presupuestos de fondo, pero también en la resolución definitiva cabría acoger la excepción de falta de derecho por parte de la accionante, en presencia de la disposición legal que otorga a los cónyuges pleno derecho para disponer libremente de los bienes que por cualquier título adquiriera durante el matrimonio.

Sin embargo, cabe la observación que al disolverse el vínculo, el cónyuge perjudicado con la enajenación hecha por el otro, tampoco tendría personería ni derecho para demandar la nulidad del contrato, puesto que ya el bien traspasado, no se encuentra formando parte de la comunidad que ipso iure se produce con la disolución del matrimonio. (8)

Por otra parte, no se sabe la suerte que correría no ya una demanda de nulidad, sino una acción por daños y perjuicios contra el cónyuge que realizó el traspaso simulado y de mala fe. Acoger una pretensión de esta naturaleza sería uno de los medios de corregir la deficiencia de la Ley y no perjudicaría a terceros como si podría ocurrir con la nulidad. Demostrada la mala fe del cónyuge enajenante y siempre que se trate de un bien

que de acuerdo con la Ley deba considerarse común a la disolución del vínculo, pareciera que sí existe base legal para declarar con lugar la acción, con fundamento en la disposición del artículo 1045 del Código Civil que dice: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios". Siendo tan amplios los alcances de esta norma legal, parece indudable que la mala fe del cónyuge enajenante de un bien que sabía perfectamente que no le pertenecía en su totalidad, puede enmarcarse dentro del dolo civil a que hace referencia la citada disposición legal y, además, el enriquecimiento sin causa es evidente: ¿cómo va a ser lícito para uno de los esposos enriquecerse con la parte que fue ganada con el esfuerzo, la cooperación y el mutuo auxilio de su otro consorte? La respuesta es obvia. Sin embargo, y por falta de disposición expresa en la Ley, sería a los Tribunales a quienes les quedaría la tarea de resolver tan delicada situación.

Los perjuicios que un cónyuge pueda causar al otro con traspasos ficticios, se encuentra atenuando con la posibilidad que existe de anotar la demanda de divorcio o separación judicial al margen de la inscripción de los bienes registrables, los cuales a partir de la anotación, quedarán afectos a las resultas del juicio respectivo. Así lo ha resuelto la jurisprudencia costarricense, cuando dice: "Debe mantenerse el auto que ordena mandamiento de anotación de la demanda de divorcio al margen de la propiedad de la finca adquirida por los cónyuges durante el matrimonio, pues tal anotación, tiene por objeto exclusivo la inmovilización de ese bien hasta tanto no se resuelva en el fallo." (9)

De tal suerte que la anotación de la demanda de divorcio o separación en la inscripción de los bienes registrables, constituye una garantía para el cónyuge a cuyo nombre no se encuentra el bien, pero esa garantía es parcial y muchas veces ilusoria. Hemos de recordar que la demanda de divorcio o separación judicial, por regla general, no es una decisión improvisada y de un día para otro; lo corriente es que la determinación de ese acto trascendental en la vida de una familia o de un matrimonio,

haya sido producto de graves problemas que se han venido sucediendo durante largo tiempo, los cuales dejan ver, desde mucho tiempo antes de la demanda, la posibilidad de que ésta sea intentada por el cónyuge que está resultando perjudicado con los actos del otro, y éste a su vez ha podido darse cuenta fácilmente y con antelación de la naturaleza de sus actos y prever perfectamente el final de la situación, en cuyo caso no tardará en dedicarse a traspasar todos sus bienes con suficiente tiempo para evitar que la anotación de la demanda interfiera con aquellos traspasos ficticios. Así, pues, los pocos medios de protección que la Ley ofrece, son fácilmente burlados por quienes actúan de mala fe, convirtiéndose por ello mismo en inoperantes e ilusorios.

Por lo menos con respecto a los bienes registrables, existe alguna posibilidad de protección para el cónyuge que pueda resultar perjudicado, pero tratándose de bienes muebles no registrables o dinero u otros valores, el asunto adquiere caracteres críticos, porque no existe protección alguna para el consorte burlado en sus derechos; el otro puede ocultarlos o traspasarlos con amplia facilidad, aún después de planteada la demanda de divorcio o separación y no vemos medio legal de poder evitar tan injusta situación. La reiterada jurisprudencia, ni siquiera ha admitido la anotación de embargo en los depósitos bancarios, acerca de los cuales únicamente es permitido pedir informes a través del Juez acerca del monto de lo depositado, pero ello no conduce a ningún resultado eficaz, puesto que el consorte depositante puede disponer y de hecho dispondrá casi siempre de esos depósitos antes de que el divorcio se pronuncie o se declare la separación judicial, dejando de esta forma burladas las pretensiones del otro cónyuge. (10)

En este caso y siempre que se demuestre la mala fe del cónyuge depositante, determinándose asimismo que los depósitos eran parte de aquellos bienes que al disolverse el vínculo debían considerarse comunes, podría intentarse demanda por daños y perjuicios, del mismo modo y con los mismos argumentos comentados al hablar de los bienes inmuebles que en iguales circunstancias se hubieren traspasado.

NOTAS.

COMENTARIO

- 1- BRUNES CORDOBA, Alberto. Op. cit. Pág. 148
- 2- Citado por Trejos Salas. Op. cit. Pág. 58
- 3- TREJOS SALAS, G. Op. cit. Pág. 58
- 4- Casación de 18 de julio de 1945. II Semestre, Tomo Único, Pág. 479
- 5- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. La Separación de Hecho entre cónyuges.  
Editorial Astrea. Buenos Aires. 1978. Pág. 169
- 6- Sala 1ª Civil Nº 569 de 16 de diciembre de 1975
- 7- Sala 1ª Civil. Nº 4 de 6 de enero de 1978  
Sala 1ª Civil Nº 395 de 7 de octubre de 1977
- 8- Casación Nº 52 I Semestre, II Tomo. Pág. 907
- 9- Sala 2ª Civil Nº 220 de 19 de junio de 1974.
- 10- Sala 2ª Civil Nº 16 del 18 de enero de 1973  
Sala 1ª Civil Nº 88 de 17 de abril de 1973.

## PROPUESTA DE ALGUNAS REFORMAS AL CAPITULO VI DEL CODIGO DE FAMILIA.

Luego del breve análisis que se ha hecho acerca de las diversas formas en que los esposos pueden **organizar** sus relaciones patrimoniales, examinando algunas de las ventajas y desventajas de los diferentes regímenes y después del estudio de la legislación costarricense en sus diversas épocas, en la cual se ha tratado de plantear someramente los aciertos de nuestro legislador, así como algunas deficiencias que como obra humana presenta todo sistema regulador de la conducta humana, y más concretamente en asuntos patrimoniales; nos corresponde determinar -o al menos intentarlo- y como una obligada conclusión práctica del tema, proponer algunas reformas al Capítulo VI del Código de Familia de 1973.

No dudamos que la tarea sea gigantesca y por ese mismo motivo, el intento que se haga aquí, no tendrá nada más que la buena voluntad de quien escribe, pero nunca una pretensión de estar ni siquiera cerca de lo mejor, lo cual sería nuestro sincero deseo.

Todas las opiniones críticas que a través del trabajo se han hecho, también tienen tras de sí esa buena intención y jamás cosa distinta.

Lo ideal para el medio jurídico costarricense sería un cambio en muchos aspectos del régimen legal patrimonial; pero creemos que un cambio radical no sólo no es viable, sino que encontraría grandes obstáculos, especialmente con la fuerza de la tradición que fomenta muchas veces no muy justificados temores; sin embargo podría al menos revisarse el régimen actual, tal y como se encuentra en nuestro Código de Familia, modificarle algunos aspectos y haciéndole algunas adiciones necesarias para evitar en lo posible, los problemas que pueden surgir y los largos y costosos debates judiciales; advirtiéndose desde luego que la eliminación de éstos es empresa difícil, precisamente por la imperfección que en mayor o menor grado lleva todo esfuerzo humano, especialmente cuando se trata de la regulación jurídica de asuntos patrimoniales.

Tomando en cuenta algunas de las observaciones que se han venido haciendo, las opiniones aportadas por algunos autores y la jurisprudencia que se ha citado, nos atrevemos a proponer la siguiente reforma al Capítulo VI del Código de Familia titulado "DEL REGIMEN PATRIMONIAL DE LA FAMILIA".

PROPONEMOS:

CAPITULO VI

DEL REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

En cuanto al título nos parece correcto cambiar las palabras "de la Familia" -tal y como se encuentra actualmente en el Código- por el "del Matrimonio", ya que el capítulo VI trata únicamente del régimen patrimonial del matrimonio y deja por fuera otras instituciones que se incluyen dentro del Código pero que no son tratadas formando parte del régimen patrimonial de la Familia. Hay que aclarar, también, que de titularse este capítulo con el nombre propuesto, se haría necesario dedicar un capítulo aparte al Patrimonio Familiar -actualmente incluido dentro de éste capítulo-, dándole así un tratamiento jurídico independiente dentro del mismo Código.

Proponemos la siguiente redacción para el artículo 37.

ARTICULO 37.- Las Capitulaciones Matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio, y sólo surtirán efecto legal de índole patrimonial si éste tiene lugar; también pueden estipularse durante la existencia del vínculo y, en ambos casos, puede comprender los bienes presentes o futuros y sus frutos. Este convenio para que sea válido, debe constar en escritura pública y sólo perjudicará a terceros después de quedar inscrito en el Registro Público.

(x) El subrayado es nuestro, e implica los cambios o adiciones hechas al artículo original. (ver artículo original en el anexo)



Alcance de nuestra propuesta:

En el artículo 37, básicamente los cambios que proponemos son para darle mayor claridad y precisión, tomando en cuenta algunos aspectos que, se han dado por entendidos o bien la jurisprudencia ha tenido que pronunciarse sobre ellos. Los cambios propuestos que amplían el artículo son:

- 1- En cuanto al efecto legal de las capitulaciones matrimoniales; se especifica que éstas sólo tendrán efectos legales si el matrimonio se celebra; siempre se seguiría entendiendo -como hasta ahora lo hace la doctrina- que algunos aspectos que no son puramente patrimoniales podrían subsistir aún cuando el matrimonio no se celebrara.
- 2- Inclusión de los frutos dentro de lo que podrían comprender las capitulaciones.
- 3- Inclusión del perjuicio respecto de los terceros.

En todo lo demás el artículo quedaría igual a como se encuentra actualmente.

ARTICULO 38.- Queda igual.

Proponemos la siguiente redacción para el artículo 39.-

ARTICULO 39.- El Régimen económico escogido por los esposos en las capitulaciones matrimoniales, puede ser modificado durante el matrimonio o liquidado definitivamente y adoptar otro distinto. Si hubieren hijos menores de edad o mayores incapaces, cualquier modificación, liquidación o cambio de sistema de las capitulaciones debe ser autorizado por el Tribunal y, en ningún caso, perjudicará a terceros con derechos adquiridos, sino después de que se haya publicado en el periódico oficial un extracto de la escritura y ésta quede inscrita en el Registro Público.

Alcance de nuestra propuesta:

En este artículo lo que se pretende es ampliarlo un poco. Hasta el

momento el artículo 39 vigente del Código de Familia sólo habla de modificación, pero como ya se vió la modificación puede ser tal que implique un cambio total, por lo tanto creemos correcto hacer esta aclaración y permitir expresamente no solo la modificación sino también la liquidación y la adopción de otro sistema distinto. Por otra parte, nos parece correcto incluir dentro del artículo la protección de los mayores incapaces -que hasta el momento no se ha hecho- y equipararla con la protección que le brinda el artículo a los menores de edad.

Propuesta para el artículo 40.

ARTICULO 40.- Si no hubiere capitulaciones matrimoniales o éstas fueren declaradas nulas o su contenido fuera de tal manera confuso que no pueda determinarse con precisión la voluntad de los cónyuges, cada consorte queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiere durante él por cualquier título y de los frutos de unos y de otros.

Alcance de nuestra propuesta:

Con ésta ampliación pretendemos suplir lo que consideramos una omisión de la Ley sobre la nulidad de las capitulaciones. Se podría suponer la nulidad, pero es mejor que el artículo lo diga expresamente; asimismo consideramos importante que en caso de confusión donde no se puede determinar la voluntad de los cónyuges, si las capitulaciones fueran mal hechas, entre a regir el régimen supletorio.

Propuesta para el artículo 41.

ARTICULO 41.- Al disolverse o declarase nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del

valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer.

Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe, de modo evidente, que los intereses de éste corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlos. Para este caso se puede pedir al Tribunal que decrete embargo preventivo en bienes del otro cónyuge mientras se resuelva la solicitud. El anterior embargo preventivo quedará sin efecto si el cónyuge dueño de los bienes garantiza suficientemente y a juicio del Tribunal, que no dispondrá indebidamente de tales bienes.

Alcance de nuestra propuesta:

En este artículo se pretende incluir la presunción de gananciales desconocida hasta ahora en la legislación costarricense, pero que ha sido reconocida por la jurisprudencia, y consideramos es necesario que conste expresamente -tal y como lo tiene la legislación española-. Por otra parte, suprimimos del artículo vigente la pérdida del derecho de gananciales del cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o de separación judicial; ya que en nuestro criterio la culpabilidad en un juicio de éstos obedece a otros motivos; cosa que no tiene nada que ver con la "colaboratio" que se brindó para obtener los bienes. Por lo tanto, la sanción de la pérdida de gananciales nos parece injusta.

También creemos necesario dar la posibilidad del embargo preventivo mientras se resuelve la solicitud de liquidación anticipada, ya que con ello se evitan los malos manejos de bienes a última hora, con lo que mu-

chas veces se burla la pretensión del otro cónyuge, máxime si tenemos en cuenta que cada uno de los cónyuges tiene la libre disposición de sus bienes sin limitación de ningún tipo.

Propuesta para crear el artículo 41 bis.

ARTICULO 41 bis.- Se exceptúan del anterior artículo los bienes sobre los cuales no existe el derecho de participación y que son:

- 1- Los que fueren introducidos al matrimonio o adquiridos durante él por título gratuito o por causa aleatoria.
  - 2- Cuando la causa o título de su adquisición precedió al matrimonio.
  - 3- Si se tratare de bienes muebles o inmuebles que fueren debidamente subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges o adquiridos con el producto de éstos.
  - 4- Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges, salvo que, a juicio del Tribunal, se estime que a pesar de tal separación, ha existido de algún modo mutuo auxilio y cooperación de uno de los cónyuges en beneficio del otro.
- Se permite renunciar en un convenio que deberá hacerse en escritura pública a las ventajas de la distribución final.

Alcance de nuestra propuesta:

Este artículo estaba comprendido en el artículo 41 vigente del Código de Familia, pero por técnica legislativa no es conveniente que existan artículos muy largos; ~~eso~~ nos induce a separarlo del original. Aquí se pretende en primer lugar eliminar el inciso 2 del actual artículo 41, ya

que lo consideramos innecesario. (Actualmente dice el inciso 2- Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales). Recordemos que lo dicho sobre bienes en las capitulaciones matrimoniales rige por lo dicho en ellas, y nada tiene que ver con el régimen supletorio de que habla el artículo 41.

Luego, también nos parece acertado incluir en el inciso 3, que los bienes adquiridos con el producto de los bienes subrogados tampoco pueden ser considerados como gananciales, ya que por mera lógica el cónyuge dueño de los bienes subrogados, es dueño también de los que adquiera con el producto de éstos.

También en el inciso 4 nos parece justo que sea el Tribunal el que decida si los bienes adquiridos durante la separación de hecho pueden, en algún caso o circunstancia especial, estimarse como gananciales, de no tenerse en cuenta esa posibilidad se podrían dar casos de verdaderas injusticias.

Por último, en cuanto a la renuncia a las ventajas de la distribución final, nos parece que sobra -y por eso lo eliminamos- que se diga que puede ser hecha en las capitulaciones, cuando lo más sencillo y práctico es que sea sólo por convenio en escritura pública. Además creemos que es muy difícil que una o las dos personas renuncien en las capitulaciones a las ventajas de la distribución final cuando esto únicamente se da en el supuesto del artículo 41, que como ya se dijo forma parte del régimen supletorio (para el caso de que no existan capitulaciones matrimoniales).

Creemos que el sistema costarricense debería adecuarse mejor y prever entre otras cosas un asunto tan delicado e importante como lo sería la liquidación del régimen, pero no es nuestra intención proponer una reforma total -como ya lo dijimos al principio-, sino más bien, con este intento tratamos de modificar y corregir los artículos ya existentes; en lo que creemos se puede corregir fácilmente sin topar con muchos obstáculos.

Tampoco tocamos en este intento de modificación al sistema, lo referente al Patrimonio Familiar, ya que creemos que los cambios que habría que hacerle son tan grandes que no vale la pena intentar una reforma parcial; en nuestro criterio lo que habría que hacer en este aspecto es un cambio total.

## **CONCLUSIONES**

## CONCLUSIONES

Hemos culminado el estudio con el apartado anterior titulado "Propuesta de algunas reformas al Capítulo VI del Código de Familia de 1973" en el que se pretendió con ello plasmar de una manera práctica y concreta la mayor parte de las conclusiones y observaciones a que nos llevó el estudio y profundización del tema que nos ocupa. No tendría sentido aquí, volver a repetir o resumir lo que ya se dijo anteriormente.

Solo baste para concluir que la regulación que se le ha dado a las capitulaciones matrimoniales en Costa Rica es escasa, ya que sólo tres artículos hablan de ellas (Arts. 37, 38, 39 del C.F.), lo cual es poco, dada la importancia de dicha institución; sin embargo, ello ha funcionado así durante muchos años y no se ha detectado a lo largo de este estudio que ello haya acarreado dificultades a las pocas personas que hacen uso de ellas.

Por otra parte no existiendo dentro de las capitulaciones matrimoniales fórmulas tipo a las cuales tengan o puedan acogerse los futuros o actuales cónyuges (Y dejándose un amplio margen de libertad para regular su contenido), hace que todo ello redunde en beneficio de los esposos ya que estos pueden acogerse a un tipo de sistema no predeterminado en la Ley, y que se ajuste mejor a sus necesidades. Sin embargo sí consideramos conveniente que el Código de Familia expusiera otras posibilidades mostrando otros sistemas o regímenes que pudieran adoptarse.

Otro aspecto interesante es que el principio de la igualdad entre hombre y mujer esta reflejado en las capitulaciones al admitir la legislación la posibilidad de modificar el convenio durante el matrimonio -posibilidad no permitida en otras legislaciones-, lo cual lleva implícito la consideración de la total autonomía de la mujer, considerándola capaz de tomar sus decisiones por encima de la influencia del marido.



En Costa Rica no hay muchas posibilidades donde escoger, puesto que a falta de capitulaciones matrimoniales rige el sistema supletorio. Y causa extrañeza que mientras la mayoría de los códigos extranjeros dedican muchos artículos y hasta capítulos enteros a la regulación de uno o varios sistemas económico-matrimoniales, el Código de Familia costarricense contiene únicamente dos artículos relativamente cortos que constituyen la base de todo el régimen patrimonial supletorio.

Puede afirmarse que Costa Rica fue el primer país en regular el régimen de participación en las ganancias en el mundo, puesto que en el año 1886 (hace casi 100 años) ya se había configurado, y a su vez entra en vigencia dos años más tarde en el Código Civil de 1888. Posteriormente fue copiado casi íntegramente por el Código de Familia vigente.

El sistema de Participación (que es una mezcla del sistema de separación y del sistema de gananciales) concede a ambos esposos (como el régimen separatista) la administración y disposición de sus bienes y de los que adquiriera durante el matrimonio, con total separación durante el mismo; también reconoce el derecho a participar en las ganancias a la disolución del matrimonio (como el régimen de gananciales). Por lo que dicho régimen tiene la ventaja sobre los regímenes separativos de asegurar un aprovechamiento igual de las economías y el esfuerzo común de ambos cónyuges durante el matrimonio. Y sobre el de comunidad tiene la ventaja de asegurar el resultado de distribución de los bienes gananciales, sin dar poderes de administración al marido con lo que se evita perjudicar eventualmente a la mujer.

Sin embargo y más en el caso de la legislación costarricense donde la misma es omisa es crítico el hecho de la división de los bienes, ya que la misma resulta difícil pues es problemático la determinación de cuáles bienes deben considerarse comunes. Esta dificultad en nuestro criterio puede ser resuelta con una normativa correcta.

Sobre el Patrimonio Familiar o Bien de Familia, si bien es cierto que el instituto es de reciente creación en Costa Rica, también lo es que su regulación contiene muchos errores, los que para ser modificados, requerirían un estudio amplio, que escape a las posibilidades humanas y materiales con que contamos, aunque se le dedicó un pequeño espacio a su análisis, por su incidencia sobre los bienes de la familia y aún de los esposos.

Simplemente podemos afirmar que en este campo queda aún mucho por avanzar tomando en consideración que en algunos países la regulación que recibe la institución es exhaustiva en vista de la importancia que la misma amerita.

No hemos profundizado lo suficiente como merece esta institución, puesto que nuestro tema es realmente otro, aunque queremos dejar la inquietud que en Costa Rica falta mucho por mejorarla. Mejora que podría consistir en permitir que sea admitida la afectación del bien por terceros y no sólo por los esposos (como lo es actualmente); que puedan gravarse a sus reglas aun bienes muebles o títulos de crédito; y que no se permita que sea perseguido por acreedores, vendido o hipotecado hasta cumplir con su cometido, o sea el de asegurar la prosperidad económica de la familia. Otra mejora podría consistir en que se regule lo concerniente a la administración en lo cual es omiso el actual Código de Familia; y que además se exija comprobación ante el Tribunal de que el bien dejó de llevar la función o el objetivo para el cual se creó, para los casos de desafectación que fija el mismo Código, y en fin una serie de aspectos que requirieran profundización consciente, tiempo, así como una fundamentación amplia tanto en la doctrina como en las legislaciones que la regulan a fin de ponerlo acorde con la finalidad para la que fue creado el patrimonio familiar.

Por otra parte, el análisis de los códigos o de la situación legal no debe oscurecer o entorpecer el camino al análisis de la realidad concreta que viven los miembros de aquella sociedad regulada por dichas leyes, es por ello que también nos hemos ocupado mínimamente de la unión de hecho considerando importante que esta realidad sea tomada en cuenta por cuanto hoy en día se hace necesario la regulación de dicha unión, especialmente en el aspecto económico, donde no se ha hecho nada por la misma.

A pesar de que la intención nuestra en todo momento ha sido tratar de demostrar los aciertos o desaciertos de nuestro ordenamiento; probablemente algunos puntos hayan quedado fuera de nuestro alcance, con lo que el camino queda abierto a futuras investigaciones y posibles soluciones, todo con el sublime objetivo de mejorar en algo al derecho costarricense.

ANEXO

CODIGO CIVIL DE COSTA RICA

1886

(Entró en vigencia en 1888)

TITULO IV

DEL MATRIMONIO

CAPITULO VI

EFFECTOS DEL MATRIMONIO

Artículo 73- Los esposos están obligados a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente. Deben vivir en un mismo hogar, salvo que motivos de conveniencia o de salud para alguno de los cónyuges o de los hijos justifique residencias distintas.

Artículo 74- El marido es obligado a hacer los gastos de alimentos y demás de la familia. La mujer es subsidiariamente obligada, si el marido no puede hacerlos en todo o en parte.

Artículo 75- Los cónyuges pueden, antes de celebr<sup>e</sup>brar su matrimonio, arreglar todo lo que se refiera a sus bienes. Este convenio, para valer, deberá constar en escritura pública y registrarse debidamente.

Las capitulaciones matrimoniales pueden alterarse después de celebr<sup>e</sup>brado el matrimonio; pero el cambio no perjudicará a terceros posteriores a él, sino después que la nueva escritura esté inscrita en el registro respectivo y se haya anunciado por el periódico oficial que los cónyuges han alterado sus capitulaciones.

El menor hábil para casarse puede celebrar las capitulaciones previas al matrimonio; pero deberá estar asistido por la persona cuyo consentimiento necesite para contraerlo.

Artículo 76- Si no hubiere capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y de otros.

Artículo 77- Sin embargo, los bienes existentes en poder de los cónyuges, al disolverse el matrimonio, si no se prueba que fueron introducidos al matrimonio o adquiridos durante él por título lucrativo, se considerarán comunes y se distribuirán por igual entre ambos cónyuges.

No serán comunes, aunque adquiridos durante el matrimonio, los bienes existentes al disolverse éste, si se prueba que fueron comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales; o que la causa o título de su adquisición precedió al matrimonio; y si se tratare de inmuebles, que fueron debidamente subrogados a otros inmuebles propios de alguno de los cónyuges.

Es permitido renunciar en las capitulaciones a las ventajas de la distribución final.

Artículo 78- Es permitida la contratación entre los cónyuges, y la mujer no necesita autorización del marido ni del Juez para contratar ni para comparecer en Juicio.

Artículo 79- La sociedad conyugal de los matrimonios celebrados bajo la legislación anterior se regirá por ella; pero pueden los cónyuges alterar o hacer cesar esa sociedad, aun respecto de dotes, mediante capitulaciones matrimoniales.

CODIGO DE FAMILIA.

1973

CAPITULO VI

DEL REGIMEN PATRIMONIAL DE LA FAMILIA

Artículo 37.- Las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante su existencia y comprender los bienes presentes y futuros. Este convenio, para ser válido, debe constar en escritura pública en inscribirse en el Registro Público.

Artículo 38.- El menor hábil para casarse puede celebrar capitulaciones matrimoniales. La escritura será otorgada por su representante, mediando autorización motivada del Tribunal.

Artículo 39.- Las capitulaciones matrimoniales pueden ser modificadas después del matrimonio. Si hay menores de edad, ha de serlo con autorización del Tribunal.

El cambio no perjudicará a terceros, sino después de que se haya publicado en el periódico oficial un extracto de la escritura y ésta quede inscrita en el Registro Público.

Artículo 40.- Si no hubiere capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y de otros.

Artículo 41.- Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. Perderá ese derecho el cónyuge declarado culpable en juicio de divorcio o de separación judicial.

Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe de modo indubitable, que los intereses de éste corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlos. Unicamente no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación:

- 1- Los que fueren introducidos al matrimonio, o adquiridos durante él, por título gratuito o causa aleatoria;
- 2- Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales;
- 3- Aquellos cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio;
- 4- Los muebles o inmuebles, que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges; y
- 5- Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges.

Se permite renunciar, en las capitulaciones matrimoniales o en un convenio que deberá hacerse en escritura pública, a las ventajas de la distribución final.

Artículo 42.- El inmueble destinado a habitación familiar, cuando así conste en el Registro Público, no podrá ser enajenado ni gravado sino con el consentimiento de ambos cónyuges. Tampoco podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo en cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges, o por el propietario con anterioridad a la inscripción a que se refiere el artículo siguiente.

Artículo 43.- La afectación del inmueble, así como su cesación deberán hacerse en escritura pública, e inscribirse en el Registro correspondiente y surtirán efectos desde la fecha de su ins-



cripción. La afectación y la cesación no están sujetas al pago de impuestos ni de derechos de registro. La escritura respectiva deberá ser otorgada por ambos cónyuges, sin que sea necesario que el notario de fe del matrimonio.

Artículo 44.- El traspaso que se hiciere inter vivos o mortis causa del bien afectado conforme al artículo 42 a favor del cónyuge, de uno o varios hijos, estará exento del pago de los impuestos de beneficencia, donaciones y Timbre Universitario, hasta por la suma de trescientos mil colones.

Artículo 45.- El Registro Público no inscribirá ninguna escritura en violación de lo dispuesto en este Capítulo.

Artículo 46.- Los beneficios y privilegios de los cuatro anteriores artículos se otorgarían al inmueble urbano con una cabida no mayor de diez mil metros cuadrados o al rural cuya extensión no exceda de diez mil metros cuadrados. Asimismo, a la parcela rural destinada a la subsistencia de la familia, en el tanto en que no exceda esta última extensión. En caso de derechos indivisos, deberá previamente procederse a la localización de ellos, de acuerdo con la Ley.

Artículo 47.- La afectación cesará:

- a) Por mutuo acuerdo de los cónyuges;
- b) Por fallecimiento de cualquiera de los cónyuges; y
- c) Por separación judicialmente declarada o por divorcio.

Igualmente cesará la afectación cuando de hecho el bien dejare de servir para habitación familiar o pequeña explotación, previa comprobación ante el Tribunal mediante trámite sumario.

En los casos de los párrafos b) y c) podrá disponerse la continuación por el cónyuge sobreviviente, o por convenio de ambos, mientras haya hijos menores.

PROYECTO DE LEY

DE LA CONVIVENCIA.

(En trámite en la Asamblea Legislativa)

TITULO VII

DE LA CONVIVENCIA

Artículo 229- Se considera convivencia con eficacia jurídica, la unión de hecho cuando el varón y la mujer con capacidad de actuar para contraer matrimonio y legitimación para concluirlo, constituyen un grupo familiar voluntariamente, haciendo vida en común en forma pública, continua y singular, por un periodo no menor de dos años.

Para los efectos anteriores, el Tribunal tomará en cuenta las circunstancias de cada caso.

Artículo 230- Las uniones de hecho que cumplan con los requisitos del artículo anterior producen los efectos del matrimonio tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes en la medida en que sean compatibles con su naturaleza, sin perjuicio de las reglas particulares que se dan a continuación.

Artículo 231- La vida en común, la cooperación, el respeto, la fidelidad y el mutuo auxilio son deberes de los convivientes.

Artículo 232- La convivencia termina:

- a) Por el consentimiento de los convivientes.
- b) Por muerte de cualquiera de los convivientes.
- c) Por incumplimiento de los deberes de la convivencia, a solicitud de parte.

Artículo 233- Cuando la unión termina, se consideran bienes comunes y se divide por igual su valor entre los convivientes o sus

herederos, los adquiridos durante la convivencia con el esfuerzo común y los frutos que los mismos producen.

Artículo 234- No se consideran bienes comunes:

- a) Los que fueron introducidos a la convivencia o adquiridos durante ella por título gratuito o por causa aleatoria.
- b) Los comprados con valores propios de los convivientes, destinados a ello en las capitulaciones convivenciales.
- c) Aquellos cuya causa o título de adquisición precedió a la unión.
- d) Los muebles o inmuebles, que fueron subrogados a otros, propios de los convivientes, y
- e) Los adquiridos durante la separación de hecho de los convivientes.

Artículo 235- Las capitulaciones convivenciales pueden otorgarse antes de la unión o durante su existencia y pueden comprender los bienes presentes y futuros. Este convenio, para ser válido, debe constar en escritura pública; para afectar a terceros debe inscribirse en el Registro Público.

Artículo 236- Los gastos que realice uno de ellos y las obligaciones que contraiga para la satisfacción de las necesidades recíprocas o de los hijos, obliga solidariamente al otro, siempre que quien los haya realizado o las haya contraído demuestre previamente la utilidad y necesidad del gasto o de la asunción de la obligación mediante las respectivas diligencias judiciales.

Artículo 237- Los productos del trabajo de cada uno se administran e invierten libremente. Los convivientes deben contribuir proporcionalmente a los gastos comunes cuando cuenten con ingresos propios.

Artículo 238- Durante la unión de hecho, cada conviviente queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía antes de la unión, de los que adquiriera durante ella por cualquier título y de los frutos de unos y otros.

Artículo 239- Si la unión termina por la muerte de uno de los convivientes, cumplidos los requisitos del artículo 229, el que sobrevive toma la mitad que le corresponde en el valor de los bienes comunes y la otra mitad se distribuye entre los hijos, si los hay; pero no habiéndolos, el Tribunal se remitirá a lo que legalmente corresponda en materia de sucesión.

Artículo 240- En los bienes propios tiene participación el conviviente superviviente en igualdad de condiciones que cada uno de los hijos, pero en ningún caso, salvo que no haya hijos, podrá recibir más de la mitad del valor total de los bienes. Los beneficios y seguros sociales se rigen por las normas especiales sobre la materia.

Artículo 241- En caso de que haya incumplimiento de los deberes de la convivencia, el otro conviviente puede pedir inmediatamente la disolución del vínculo, la división de los bienes comunes y la entrega de la parte que le corresponda. La acción para pedir la distribución de los bienes caducará al año. Si no hay incumplimiento de su parte a los deberes, puede pedir, careciendo de medios suficientes para subsistir y de posibilidades para ganarse la vida, se le fije una pensión de asistencia para sí y los hijos que quedan bajo su guarda, si es que los hay.

Artículo 242- La participación en los gananciales de cada conviviente se hace efectiva sobre el saldo líquido, después de pagadas las deudas y satisfechas las cargas comunes. Si no alcanzan los bienes comunes para el pago de las deu-

das comunes, quedan afectos los bienes propios.

Artículo 243- Cuando hay convivencias sucesivas dotadas de publicidad, estabilidad y singularidad, se puede determinar el período de duración de cada una de ellas y atribuírseles los efectos que les corresponden, siempre que éstos períodos no sean menores de dos años.

Artículo 244- En todos los casos en que la Ley no reconozca una convivencia, quedará siempre a salvo el derecho de los hijos

Artículo 245- Las normas relativas al matrimonio serán aplicables a la convivencia, en cuanto fueren compatibles.

## BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO GARCIA, Manuel. Manual de Derecho de Familia y Sucesiones. Librería Bosch. Barcelona. 1974. (También edición de 1982)
- BADENES GASSET, Ramón. Conceptos Fundamentales del Derecho. Las Relaciones Jurídicas Patrimoniales. 3 edición actualizada. Editores Boixareu. Barcelona 1977.
- BALLESTER GINER, Eladio. Régimen de Participación. Imprenta Peris. Valencia. 1980.
- BARBERO, Domenico. Sistemas de Derecho Privado. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Tomo II. 1967
- BETANCOURT JARAMILLO, Carlos. El Régimen Legal de los Concubinos en Colombia. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín. 1962.
- BONET RAMON, Francisco. Compendio de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo IV. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1960.
- BRANCA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Privado. Editorial Porrúa S.A. México. 1978.
- BRENES CORDOBA, Alberto. Tratado de las Personas. Editorial Costa Rica. San José. 1974.
- BRUGI, Biagio. Instituciones de Derecho Civil. Unión Tipográfica Editorial Hispano-americana. México. 1945.

CAMARA ALVAREZ, Manuel. Reflexiones en torno a la capacidad patrimonial de la mujer casada. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona. 1968.

CANCINO, Fernando. Estudios de Derecho Privado. Editorial Temis. Bogota. 1979.

CANO TELLO. Celestino. La Nueva Regulación de la Sociedad de Gananciales. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1981.

CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. Editorial Reus. S.A. 9ª Edición. Madrid. 1976.

CARBONIER, Jean. Derecho Civil. Situaciones Familiares y cuasi-familiares. Tomo I, Volumen II. Bosch. Barcelona. 1960.

CICU, Antonio. El Derecho de Familia. Ediar S.A. Editorial. Buenos Aires. 1947.

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Curso Elemental de Derecho Civil. Editorial Reus S.A. Tomo VI. Madrid. 1962.

COSSIO y CORRAL, Alfonso. La Sociedad de Gananciales. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Tomo L. Volumen I. Madrid. 1963.

COSSIO y CORRAL, Alfonso. Instituciones de Derecho Civil 2. Editorial Alianza. Madrid. 1975.

CORDOBA DEL OLMO, Antonio. El Patrimonio Familiar Inembargable. Imprenta Valentín Montero. Valladolid. 1922.

DELGADO ECHEVERRIA, Jesus. El Régimen Matrimonial de la Separación de Bienes en Cataluña. Editorial Tecnos. Madrid. 1974.

CLEMENTE DE DIEGO, <sup>/Felipe,</sup> Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo II. Derecho de Obligaciones-Contratos- Derecho de Familia. Artes Gráficas Julio San Martín. Madrid. 1959.

DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Editorial Porrúa S.A. México. 1978.

DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistemas de Derecho Civil. Derecho de Familia y Sucesiones. Volumen IV. Editorial Tecnos. Madrid. 1978.

ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia. Bosch. Tomo IV. Volumen I. 1979.

ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil Español. Volumen IV. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1981.

FASSI, Santiago y BOSSERT, Guatavo. Sociedad Conyugal. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1977.

FERNANDEZ CABALEIRO, Eugenio. El Régimen Económico-Matrimonial en Europa. Bolaños y Aguilar SL. Madrid. 1969.

FOURNIER ACUÑA, Fernando. Historia del Derecho. Publicaciones de la Universidad de Costa Rica. San José. 1967.

FUEYO LANIERI, Fernando. Derecho Civil. Tomo VI. Derecho de Familia. Volumen II. Universo S.A. Santiago de Chile. 1959.



GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Parte General. Personas y Familia. Tercera Edición. Editorial Porrúa S.A.. México 1979.

GANGI, Calogero. Derecho Matrimonial. Editorial Aguilar. Madrid. 1960.

GARCIA CANTERO, Gabriel, El Concubinato en el Derecho Civil Francés. Sucesores de Rivadeneyra S.A. Roma-Madrid. 1965.

GROSMAN, Cecilia. Los Convenios de Liquidación de la Sociedad Conyugal. Editorial Abaco. Buenos Aires. 1976

GUASTAVINO, Elías. Bien de Familia. Derecho de Familia Patrimonial. Bibliografía Omeba. Buenos Aires. 1962.

JOSSEMAND, Louis. Derecho Civil. Tomo III, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1979.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. La Separación de Hecho entre cónyuges. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1978.

LACRUZ, José Luis y ALBALADEJO, Manuel. Derecho de Familia. El Matrimonio y su economía. Librería Bosch. Barcelona. 1963.

LACRUZ, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco. Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. Bosch. Barcelona. 1982.

LEHMANN, Henrich. Derecho de familia. Efectos Patrimoniales del Matrimonio. Volumen IV. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1953.

MANRESA Y NAVARRO, José María. Comentarios al Código Civil Español. Tomo IX. 6ª Edición. Reus S.A. Madrid. 1969.

MARTINEZ CASTRO, J.A. Nociones de Derecho Civil. Personas y Familia.  
Restoy y Doesta Editores. Buenos Aires. 1927.

MAZEAUD, Henry, Leon y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte IV, Volumen  
I. La Organización del Patrimonio Familiar. Ediciones Jurídicas Europa-  
América. Buenos Aires. 1965.

MESSINED, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III. Dere-  
cho de Familia. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1971.

MORA BRENES, Luis Alberto. La Familia de Hecho. Tesis de Licenciatura.  
Universidad de Costa Rica. San José. 1976.

De los MOZOS, José Luis. (Comentario). Comentarios al Código Civil y  
Compilaciones Forales. Editorial Revista de Derecho Privado. Gráficas  
Nova S.A. 1978.

ORTIZ-URQUIDI, Raul. Matrimonio por Comportamiento. Editorial Stylo.  
México. 1955.

OTERO Y VALENTIN, Julio. La Doctrina del Patrimonio. Editorial Reus S.A.  
Madrid. 1930.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Derecho Civil Frances. La Familia. Tomo  
II. Editorial Cultural S.A. La Habana. 1946.

PAVON, Cirilo. Tratado de la Familia en el Derecho Civil Argentino. Edito-  
rial Ideas. Buenos Aires. 1946. Tomo II.

PEREZ VARGAS, Victor y CERTAD MAROTO, Gastón. Estudios sobre el negocio Jurídico. Facultad de Derecho. San José- Costa Rica. 1978.

PUIG BRUTAU, José. Fundamentos de Derecho Civil. El Matrimonio y el Régimen Matrimonial de Bienes. Tomo IV, Volumen I. Bosch. Barcelona. 1967.

RAUCENT, León. Les Régimes Matrimoniaux. Labay Libraire Editeur S.A. Bruxelles. 1978.

RIPERT-BOULANGER. Tratado de Derecho Civil. Editorial la Ley. Buenos Aires. Tomo IX. 1963.

RUGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Instituto Editorial Reus S.A. 4ª Edición. Madrid. s.f.e.

RUIS SERRAMALERA, Ricardo. Derecho de Familia. Realigraf S.A. Madrid. 1980.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Antigua Librería Robredo. México. 1949. Tomo II, Volumen I.

SANCHEZ ROMAN, Felipe. Estudios de Derecho Civil. Tomo V, Volumen I, Derecho de Familia. Tipografía Sucesores de Rivadeneyra. Madrid. 1912.

SCAEVOLA, Quintus Mucius. Código Civil Comentado y Concordado. Tomo XXI 2ª Edición. Reus S.A.. Madrid. 1967.

SERLOOTEN, Patrik. Les Biens Réservés. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1973.

SIMO SANTOJA, Vicente Luis. Capacidad y Regímenes Matrimoniales de extranjeros (Derecho comparado y conflictual) Editorial Tecnos. Madrid. 1970.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Editorial Nascimento. Santiago de Chile. 1963.

TEDESCHI, Guido. El Régimen Patrimonial de la Familia. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1954.

TREJOS SALAS, Gerardo. Introducción al Derecho de Familia. Ediciones Juricentro. San José- Costa Rica. 1977.

VALVERDE VALVERDE, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV. Derecho de Familia. Talleres Tipográficos "Cuesta", Valladolid. 1926.

VARGAS SOTO, Francisco Luis. Manual de Derecho Sucesorio costarricense. Tomo I. Imprenta Lil S.A. (San José- Costa Rica. 1981.

VAZ FERREIRA, Eduardo. Tratado de la Sociedad Conyugal. Tomo I. 3ª Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1979.

VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. Régimen Económico del Matrimonio. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1982.

VIDAL TAQUINI, Carlos. El Régimen de los Bienes en el Matrimonio. Editor Zavalla. Buenos Aires. 1971.

#### REVISTAS

ALVAREZ, C. "Algunas consideraciones doctrinales, legales y jurisprudenciales sobre el concubinato. Revista Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Concepción. Nº 36. 1968.

BELTRAN DE HEREDIA, José. "La doctrina de Cicu sobre la posición sistemática del Derecho de Familia". Revista de Derecho Privado. octubre. 1965. Madrid.

DIAZ ALABART, Silvia. "Modificabilidad del Régimen de Separación de Bienes impuesto por Ley a los esposos que se casaron contraviniendo las prohibiciones del artículo 45 del Código Civil". Revista de Derecho Privado. junio. 1976. Madrid.

DORAL, José Antonio. "El fraude y la defensa del interés familiar en el Código Civil Español" Revista de Derecho Privado. Julio-agosto. 1974. Madrid.

GARRIDO DE PALMA, Víctor. "El matrimonio y sus regímenes económicos. Revista de Derecho Privado. mayo, 1979. Madrid.

LACRUZ BERDEJO, J. "Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral." Revista Crítica de Derecho Inmoviliario. Septiembre-octubre. 1963. Madrid.

LACRUZ BERDEJO, J. "La reforma del Régimen Económico del Matrimonio." Anuario de Derecho Civil. Año 1979. Abril-setiembre. Madrid.

LETE DEL RIO y ALVAREZ CAPEROCHÍ. Notas sobre mutabilidad del Régimen económico matrimonial en el Derecho Común. Revista de Derecho Privado. Marzo 1977. Madrid.

MUÑOZ MORALES, L. "El concubinato en Puerto Rico" Revista Jurídica. Nº17 1947. San Juan.

NART, Ignacio. El Régimen Matrimonial de Separación de Bienes. Revista de Derecho Privado. Enero-diciembre de 1951. Madrid.

ODIO BENITO, Elizabeth. Familia de Hecho. Revista Judicial Nº 8. junio de 1978. San José- Costa Rica.

PUIG PEÑA, Federico. "Las Uniones Maritales de Hecho". Revista de Derecho Privado. Nº 393. 1949. Madrid.

SOTO BISQUERT, Antonio. La publicidad del régimen matrimonial de bienes. Revista de Derecho Privado. Nº 51. 1967. Madrid.

VARGAS FERNANDEZ, Eladio. Comentarios al Código de Familia. Revista de Ciencias Jurídicas Nº 26, enero de 1975. Facultad de Derecho. San José.

#### OTROS

Actas de la Sesión Plenaria de la Asamblea Legislativa Nº 68, celebrada el 10 de octubre de 1973.

Actas de las Sesiones de la Comisión Especial que estudió la creación del Código de Familia. Nº 22.

Censo de Población. Dirección General de Estadística y Censos . Ministerio de Economía, Industria y Comercio. San José- Costa Rica . 1973.

Ley de 12 de julio de 1909. Decreto 26 de marzo de 1919. Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil. París 1917-1972. Rue Soufflot.

## LEGISLACION

Constitución Política de la República de Costa Rica. Editorial Equidad de Centroamérica S.A. San José- Costa Rica. 1975.

Código General de la República de Costa Rica. Emitido el 30 de julio de 1841. New York. Imprenta Wynkoop, Hallenkek y Thomas. 1858.

Código Civil de Costa Rica (1886) Impresión Litografía e Imprenta Lil S.A. San José. 1978.

Código de Familia (1973) anotado y Concordado por Trejos, Gerardo y Arguendas Carlos Manuel. Editorial Costa Rica. San José. 1979.

Código de Procedimientos Civiles. Edición revisada por el Lic. Atilio Vincenzi. Librería, Imprenta y Litografía Lehmann S.A. 1973. San José.

Código de Familia Boliviano. Concordado y anotado por Morales Guillén, Carlos. Gisbert y Cía. S.A. Editor. La Paz. Bolivia. 1979.

Código Civil de Chile (1857) Instituto de Cultura Hispánica. Madrid. 1961

Código Civil de la República Argentina (1871) Zavalia Editor. Buenos Aires. 1969.

Código Civil de España. Editorial Civitas S.A. Madrid.